图书在版编目（CIP）数据

宪法的精神：美国联邦最高法院200年经典判例选读/北京大学法学院司法研究中心编．—北京：中国方正出版社，2003.10

ISBN 7-80107-721-0

Ⅰ．宪…　Ⅱ．北…　Ⅲ．法律—案例—汇编—美国　Ⅳ．D971.2

中国版本图书馆CIP数据核字（2003）第085348号

宪法的精神

——美国联邦最高法院200年经典判例选读

北京大学法学院司法研究中心　编

责任编辑：包陋鸥
责任校对：张　蓉
责任印制：郑　新

出版发行：中国方正出版社
（北京市西城区平安里西大街41号　邮编：100813）
发行部：（010）66124758　门市部：（010）63094573
编辑部：（010）63099854　出版部：（010）66510958
网址：www.fzpress.com
责编E-mail：Bao@fzpress.com
经　　销：新华书店
印　　刷：北京京安印刷厂

开　　本：787毫米×1092毫米　1/16
印　　张：29
字　　数：508千字
版　　次：2003年10月第1版　2003年10月北京第1次印刷

ISBN 7-80107-721-0

定价：58.00元

前　言

听说，有位律师用一句话来总结自己在大学里所受的法学教育："我学的那点东西早已经还给老师了。"无论我们如何理解这句话的含义，我想从事法律教育的人可能都会有点儿坐不住的感觉，这倒不是说法律教师已经形成了一个具有强烈职业荣誉感的共同体，而是说恐怕每个教师都会害怕自己的学生某一天对自己说出这样的话来。时代在变化，知识也在更新，法律在修改，可我们传授给学生的是什么呢？我们传授什么样的东西，才不至于让学生在多年之后有"全都还给老师了"的感觉呢？看来，在给学生讲授那些可变的法律知识和法律条文的同时，我们还必须传授给学生一些不易改变的法理。当然，我们这里所说的"法理"绝不是我们在法理学教科书里学的那些东西，而是渗透于法律、支撑法律的"道理"。这样的法理往往不是在"法理学"课堂上学到的，而是在部门法的课堂上学到的。

在民法传统的法律教学中，对法律概念和法律规则的分析和注释一直是探索法理的重要方法。这样的"法理"往往是由立法者抽象出来的普遍之理。当法律运用到具体案件中的时候，由于每个案件的具体案情、历史条件和文化背景等都有很大的不同，书本上的普遍法理往往不能解决实践中的具体问题。对于法律职业者而言，真正的法理不是抽象的道理，而是针对具体案件的道理——毕竟，从事法律职业的律师、法官和检察官们每天面对的都是具体的案件。如此，这些年来法律教育中一直在呼吁引进美国的"案例教学法"（case method）。然而可惜的是，我们对"案例教学法"的理解却一直处于某种误区之中，以为"案例教学法"是在讲授法条的时候增加一些具体的案例，由此增加对法条的形象化和具体化理解。这倒颇有些像现在媒体中流行的"以案说法"。

真正的"案例教学法"建立在判例法的基础上。"案例教学法"是从具体案例的法律推理过程中，找出法官所发现或者公布的法律原则和规则。正是在这些案例中，我们发现：可能法律规定没有变，案件针对的具体问题也没有变，然而也许是社会环境发生了变化，甚至是法官个人的价值观发生了变化，这些变化会导致法律推理的变化，最终决定了法律判决的变化。因此，从判例法中，我们找到的不是普遍的抽象的法理。"此一时也，彼一时也"，在具体的案件中体现的从来都是辩证的法理。这种辩证的法理所坚持的不是形式正义，而往往是实质正义。在"判例教学法"中，重要的不是所谓的正确的答案，它关心的不是最后判决的胜负，而是法律推理过程。由此，我们才能理解普通法法理学中诸如"技艺理性"、"实践理性"这样的核心概念，才能理解波斯纳的实用主义法理学；在仔细阅读美国宪法判决之后，怎么还能相信法律具有科学客观性这样的说法呢。

因此，"判例教学法"真正教给学生的不仅是具体的法律知识，更重要的

是这种法律推理的技艺；法律概念、法律规则、法律原则和法律学说不过是为法律推理准备的工具箱而已。当然，法律推理技术也可以说是一种知识，但那是一种“know-how”的知识，而不是“know-what”的知识：你脑子里记住了一百种法律解释的方法可能都不会进行最简单的法律解释。这种“know-how”的知识必须亲身演练，就像理科生不断地做练习题才能使得定理公式烂熟于心一样，法律推理技术也只有靠反复研习不同的经典判决才能心领神会。

因此，如果我手头拿到了这本美国宪法200年经典判例的选编，我想我不会单纯把这本书当作理论书一个人蒙头去读，而是会把它当作训练自己的法律思维的练习题来做，而且最好是找几个志趣相投的朋友一起来做。在通读并掌握每一个案例的事实、结论和理由之后，推敲法官的分析推理过程，最后抱着探讨的态度，比较、甚至是挑战上述推理。这样一个学习过程，无疑是法律人自我纯洁、自我改造的过程，也是法律共同体真正确立自我认同的过程。只有这样阅读案例，才能使得法律的案例题真正不同于数学题，因为没有最终正确的答案，只有充分发挥智慧的法律想象力。在这个意义上，法律不是科学，而是诗，是艺术。

以上是我作为一名法学院教师对中国当前法学教育所欲引进的“案例教学法”的一点浅见；可以说这也是我们北大法学院司法研究中心的几位年轻教师和学生致力于本书编译的最初动因之一。因此，我以为本书可以作为我们学习法理推理技术、训练法律思维的教科书。如果我们目前的法律教育还没有这种训练，那么，就拿这本书找几个同道一起进行自我训练。但是，我们一定要掌握正确的读法，正确的练习方法。如果说你从这些判例中读出了某位法官（比如说霍姆斯吧）的法律思想，那固然是好；但是如果仅仅如此，而没有学到推理的方法，那真是舍本求末。对于一个法律人来说，知道霍姆斯的思想固然重要，但更重要的是从他那里学会如何通过法律推理在个案中来展现这种思想的。只有这样你才能将你的思想展现于你要解决的那些具体案件中，而正是由于你要解决的这些问题都是中国社会中生发出来的问题，你也就有可能真正成为中国的伟大法学家或大法官。记住霍姆斯在对法学院的学生进行演讲时所说的：“我们所学的绝不是什么神秘的知识，而是一门职业。”我们学法律的人一定要有自己起码的看家手艺，这也是我们这个法律共同体的最低共识：我们都是用同样的技术或同样的法律思维方法来表达我们对世界的理解的。

经过我所理解的这种“案例教学法”的训练，我想就能很自然地培养起一种法律思考的方法。因此，“像法律人一样思考”不是口号，而是一种严格的训练。法律知识可能随着时代在变化，但是这种推理技术和思考法律问题的方法不易改变的。我们常说：“授人以鱼，莫若授人以渔。”在这里，具体的法律知识是“鱼”，法律推理技术就是“渔”。如果我们真的给学生传授了法律职业中所需要的法律推理技术，这时他想把这些东西还给老师时，我相信老师不会感到汗颜，相反可能会感到欣慰，因为少了一个法律职业者，或许多了一个文学家、思想家和政治家。

最后说说这本书本身。萌发翻译美国宪法判例的念头，是在我读博士期间。这样的念头很快获得了朋友们的支持，甚至大家希望组织一套“英美法官文集暨判例选”的丛书，很快我们与出版社签订了合同，开始选编并组织翻译。几年过去了，这套丛书的计划落空了：原定的霍姆斯的重要著作没有翻译

出来，只有零星的文章流传在网络上；波斯纳的著作后来变成了更大的“波斯纳文集”；而卡多佐的《法律的成长》（董炯、彭冰译，中国法制出版社，2002）也已经在其他的丛书中刊出了；其他一些法官的重要著作还没有来得及找到适合的译者。

所幸这一本判例精选仍能在历经曲折之后得以问世。本书的选编基本上依赖了斯坦利·I·库特勒（Stanley I. Kutler）所编的《最高法院与宪法：解读美国宪法的历史》（The Supreme Court and the Constitution: Readings in American Constitutional History, Norton & Company Inc., 1984）一书。从 1999 年开始，我们北大法学院司法研究中心在法学院内组织了两个“判例研读小组”，利用星期天大家在一起一字一句阅读、翻译、校对、斟酌用词、讨论推理逻辑，因此书中的大部分案例是经过我们集体讨论校对的。本书在 2002 年差不多就已经译好，但由于当时我本人出国访问，这些译稿又在计算机的硬盘上沉睡了一年。期间，中国方正出版社副社长胡驰博士得知了本书稿的情况，多次催促我将之整理出版，以利于学生的学习阅读。如今经各方的努力和推动，本书终于付梓。在此，我要感谢所有的译者，尤其是那些经常参加小组讨论的成员们。他们是：陈实、邓海平、金锦萍、劳东燕、刘晓春、史大晓、台冰、腾彪、王晴、汪庆华、王笑红、王瑛、王元、魏双娟、叶军莉、喻莉、赵君、赵晓力等。毛国权认真校读了全文。正是由于大家的耐心、细致和真诚，我们才一起完成这项合作。此外，我还要感谢中国方正出版社副社长胡驰博士的热心支持，以及本书责任编辑包瓯鸥在编辑过程中的细致工作。在翻译过程中，朱苏力教授从个人的科研经费拨出专款来支持翻译工作，在此一并致谢。

限于我们自己对英美法理解的疏浅，译文中定然存在这样那样的问题。另外由于参与本书翻译的人很多，判决书又体现了大法官个人的文风，所以翻译风格和用语可能也会有一些不一致，在短时间内很难统一校订，希望读者们能够谅解。所幸本书中所选编的这些案例的全文大家都可以在网上找到（例如 www.findlaw.com 等法律网站）；此外我们在网上还可以找到一些案例摘要以及相关的比较性研究资料。我真诚地希望广大读者在对照英文阅读的过程中，能够指出翻译中的错误，以利于我们在今后的教学、学习和研究工作中，逐步校订完善。

强世功

(jiangshigong@hotmail.com)

2003 年 8 月 23 日

目　录

第一编　宪法与国家结构（1792—1888）

第二编 宪法与经济（1888—1941）

第三编 宪法与自由权（1941—1980）

第一编

宪法与国家结构

（1792—1888）



一、司法权的诞生：18 世纪 90 年代

（一）联邦司法与宪法至上

（二）国家的法律与授予的权利

（一）联邦司法与宪法至上

1. 希谢尔姆诉佐治亚州案（*Chisholm v. Georgia*，2 Dallas 419［1793］）

> 此案很难说为联邦司法的权力和声望开启了光明的前景。两个南卡罗来纳州的公民对佐治亚州起诉，要求返还他们被佐治亚州没收的原属英国人的财产。州政府的官员拒绝出庭并且坚决否认法院对此案的管辖权。此后法院不利于佐治亚州的判决引发了广泛的批评。就在发布判决意见的两天后，有人在国会中提出了第十一条修正案以推翻这一判决。这条修正案认为联邦司法权不适用于其他州的或者是外国公民提起的针对本州的诉讼案件。尽管联邦党人反对这一修正案，它还是在 1798 年通过了。可是法院通过数年的努力，特别是允许起诉州政府的官员，最终削弱了这一修正案的效力（参见 *Osborn v. Bank of United States*，9 Wheaton 738［1824］）。在 18 世纪 90 年代的大部分案件中，法院不断地表达了它的这种观点。在本案中，只有 Iredell 大法官一个人不同意这个判决。

首席大法官杰伊（Jay）宣布法院判决如下：

我们现在要决定的问题已经清楚地表述出来了：一个州能否成为其他州公民提起诉讼的对象。本案中佐治亚州拒绝出庭应诉，理由是它是一个拥有主权的州，故不对此类诉讼负责……

在美利坚合众国中，任何一州均可在本院起诉其他州，也就是说一个州的所有人（all the people of one State）可起诉另一个州的所有人。州显然是可以被起诉的，这自然意味着可诉性（suability）与州的主权并非是不相容的。一个州可以在本院起诉另一个州，那么显而易见的是，在本院出庭并不意味降低了州的身份。因而佐治亚州反对的并不是在本院出庭与否。那么，它反对的是什么呢？它反对的是为应付一个或几个公民起诉而出庭。我无法想象，比起 10 万个公民起诉一个州的所有人来说，为什么一个公民起诉一个州的所有人与主权更不相容呢？两案适用的程序是相似的，判决的结果是相似的。除了可能认为起诉人数少而瞧不起这种诉讼、并由此在感情上产生不快之外，我也看不出一个人起诉另一个州的所有人比一个州的人起诉另一个州的所有人会有更大的不便之处。但是，如果抗辩的理由是基于这种瞧不起少数人起诉的鄙视心里的话，那么这种抗辩的效力至少有一半会因这样的一个事实而被抵消：州可以作为原告在本院起诉作为被告的单个公民。而事实上佐治亚州此时正在本院进行针对两个南卡罗来纳州公民的诉讼。

因此，仅剩的抗辩便是：州没有义务作为被告出庭答辩个人起诉。这一追问自然将我们的注意力引向两个方面：第一，宪法的设计；第二，宪法的文字和明确的铭文。

在宪法产生之前，人们并没有这样一个全国性的裁判庭可以起诉以求得司法裁判。审判权的分配限于州审判机关，其他州的人并不参加此州的审判机构和组织，对这些审判机构和组织也根本无法控制。那时也没有一个总的上诉法院，当州法院出现影响到整个国家或他州公民的错误时可以修正这些错误。每一个州都有义务默认其他州施于本州或本州公民的审判措施，甚至在其他州采取不利措施（在最精确的意义上讲）案件中也是如此，由此就会经常产生恶意，这是很危险的。由于在有独立性的各州的历史中，经常出现由恶意转变为敌对的现象，因而无论是从司法角度还是从政策角度出发，都需要一个最终解决争端的共同的裁判庭。

也是在那个时期，美利坚合众国在这个地球上的国家中取得了一席之地并遵从国际法（the laws of nations），保证这些法律受到尊敬和遵守既是它的责任也符合它的利益。在国家身份和能力方面，美利坚合众国在涉及国际法问题和条约的履行问题时，为每一州的行为对外负责。将以上所有相关的问题提交到州法院，尤其是那些懈怠松弛的州法院显然是不明智的。既然合众国有义务保护每一州和每一州的公民，那么我们可以合情合理地得出结论：它不仅可以对各州及其公民施以公平的对待，而且反过来可以要求每个州及其公民都公正行事，只要这种要求是通过稳定的、平稳的和有规则的司法程序而非通过暴力和武力的方式实现。

为了预防种种弊端，对这个国家也就是所有美利坚合众国的人们来说，最好的办法就是由国家来建立一个对整个国家负责的全国性的审判机构。

现在，让我们回到宪法上来，人民在宪法中宣称制定宪法时就设计了六大目标。第一，组成一个相当完善的国家；第二，确立司法制度；第三，保证国内和平安宁；第四，提供共同防御；第五，提高总体福利；第六，保证他们和他们的后代享受自由的福祉。

我们的问题使我们有必要特别关注宪法设计的第二个目标，即司法权适用于“一州及他州公民之争议”。有人主张这句话应该被解释成司法权不能适用到那些“一州与他州公民的争议”中，除非是州做原告的案件。普通的解释规则很容易判断宪法的这些文字是否应作狭义理解。

因为旨在解决争议，联邦司法权的这种适用是救济性的，因而它应该被自由地解释。法院不仅应当解决州做原告的争议，而且也应当解决州做被告的争议，这样做才是精明、明智和正确的。因此两种争议案件都有得到救济的正当理由，都应当受到裁判，除非上述宪法文字以字面意义明确地禁止这样做。如果我们注意这些语词：“司法权力应适用于一州和他州之公民的争议”，我们便会发现这些表述是明确的肯定的，丝毫不是模棱两可的，因此也丝毫没有其他隐含的含义。如果宪法真的意在将这些权力仅仅适用于州做原告的争议，而排除公民对州提出请求的争议的话，那它试图用无法胜任这一目的且与这一目的相矛盾的言辞来表达这种意思，简直是不可想象的；如果它意在排除这类争议，为什么不明确将它排除？相反，宪法的任何一部分都未暗示过该宪法具有这种意图。我们不能因公民针对州提出请求而州拒绝承认或遵从，就认为它们

之间不存在争执。如果它们这样的关系构成争议的话，那么这种争议不仅是宪法精神所涵括的也是宪法文字所涵括的。司法的目标是什么？不论引起争议的请求是一州向他州之公民提出的还是一州之公民向他州提出的，这一目标是怎样影响对“争议”一词的定义的？因此，当联邦司法权适用于一个争议时，出于对全部司法目的之考虑，它也必然适用于该争议赖以存在的双方当事人。

上面所主张的那种例外与自由平等的国民政府的最主要原则是相矛盾、相违背的。这个政府重大的目标之一就是要保证所有人得到公正审判，无论是多数人起诉少数人、还是少数人起诉多数人，都是如此。组成这个国家的有平等主权的各州，如果在国家借以宣示确立司法制度的宪法中如此严重地偏离了明晰可见的平等公正之路，以致允许一州之公民集体起诉另一州的单个公民，而却否认个体公民起诉另一州的公民集体的权利，那将真是天下奇闻……

出于上述原因，我的意见很明确，一个州是可以被其他州的公民起诉的。但是为了防止超出我的意思的范围来理解我，我认为有必要补充一下，以引起大家的注意，即：这种可被诉性无论如何不能涵括所有的请求，不能涵括每一种诉讼，还会有一些例外，例如我绝不是想说一个公民可以在没有司法干预的观念、或对司法干预怀有这种期望的时候，针对宪法制定前在州的信用保证下发行和收回的债券而起诉该州。

（史大晓译）

2. 韦尔诉希尔顿（*Ware v. Hylton*, 3 Dallas 199 [1796]）

在韦尔诉希尔顿一案中，法院撤销了弗吉尼亚州 1777 年通过的一项没收革命前英国人债权的法律。1783 年《巴黎和约》结束了革命，该条约规定新国家应该承认这些债务。于是，法庭援引了宪法第六条第二款，即条约效力高于各州法律。约翰·马歇尔和帕特里克·亨利支持弗吉尼亚债务人的请求，并且认为在这个问题上，州法律居于支配地位。法庭作出具有高度国家主义的判决，兼之本案关系对英国人的债务这一敏感问题，由此引发了反联邦主义者对于司法系统和联邦政府更为猛烈的抨击。

大法官蔡斯（Chase）宣布法院判决如下：

该问题……可作如下阐述：弗吉尼亚州 1777 年 10 月 20 日的立法是否因该条约（即《巴黎和约》——译者注）第 4 条的规定而失去效力？根据这一法律已作的偿付是否也因此归于无效，从而恢复债权、赋予（英国）债权人重新要求原始债务人偿还债务的权利？

如果一项条约的生效将导致州法案无效，并剥夺个人依该法案已获得或被赋予的权利，国会是否还有权缔结这样的条约？被告方律师之一马歇尔先生错

误地对此表示怀疑。而另一位律师坎贝尔（Campbell）则明确而激烈地否认国会拥有此项权力。

但是，为了说明对国会权力的反对是不能成立的，在这里有必要进行一些讨论。

首先，州立法机关经常运用其权力，为公益征用公民的私有财产，但他们总是对所有者予以补偿。保有这一权力之要旨在于维护公共利益，私人利益必须服从公共利益。此类例子很多，比如，为了修造防御工事、弹药库、兵工厂、公路、运河或是为了创建城镇而征用土地。

第二，各州立法机关经常运用其权力剥夺原已赋予公民的权利，甚至破坏契约义务，乃至在一些情况下完全取消契约义务。偿付法令（tender laws）即是如此，它要求以纸币偿还金属货币债务，而同时拒绝接受以纸币偿还的金属货币债务，使得偿付款项归于无效。

第三，如果弗尼吉亚立法机关能够以一项立法废除此前的法律，恐怕其后果将是所有根据那些法律取得的权利都将因此被取消。

第四，如果弗吉尼亚州无法以一项普通法案达到上述目的，但它仍拥有州的最高主权，此时若州并未失去缔约权，毫无疑问，它可以通过缔结条约实现这类目的。然而如果在权力让渡于国会以前弗吉尼亚州拥有这一权力，则此后该权力自然应由国会行使。通过查阅邦联条例第九条（各州于 1781 年 3 月 1 日批准），我们可以知道州是否仍保有缔约的权力。该条宣称："合众国国会拥有惟一、排他之权力和职权决定媾和与战争（第六条所述两种情况除外），决定缔约与结盟（有关商业除外）。"这一授权没有附加任何限制，邦联条例也未在其他部分对此进行限制。媾和之权力必然包括决定在何种条件下媾和的权力。缔约权亦必定默示了决定在什么条件下缔约的权力。结束国家之间的战争只能通过和约的方式。

为了谋求和平而牺牲公共或私人财产，这些自然不是可以使条约无效的情形……在我看来，依据邦联条例，国会缔结的条约效力高于各州立法，因为邦联条例使这些条约对各州具有强制性，在 1787 年 4 月，国会是这样宣布的，也正是这样为各州立法机关接受的；邦联政府和一些州的司法机关亦据此裁判案件。

如果说在现今的合众国政府成立以前，这种对于条约优先地位怀疑尚可存在，那么联邦宪法第六条的规定就一定彻底消除了这一怀疑。该条规定，"所有合众国授权已经缔结或将来缔结之条约均为国家之最高法律；各州法官均受其拘束，即使任何州宪法或法律有与之相抵触之内容。"人民的权力不受任何限制。经他们授权，州宪法得以制定；同样也是经他们授权，联邦宪法得以制定。人民有权修改或废除州宪法，或是使州宪法服从联邦政府缔结的或经联邦政府授权缔结的条约。如果州制定的任何一部法案都可以限制条约的效力，就不能说条约是合众国的最高法律。如果州宪法（这是州的根本法律，它高于州的立法机关）尚且必须让步于条约，服从条约，对于效力更低的州立法是否不得被推翻还会有疑问吗？所有合众国授权缔结的条约均高于各州的宪法和法律，这是合众国人民的公开意愿，而且也是只有他们才能做出的决定。如果一部与条约相抵触的州法律并不因此而失效，而是只能由州立法机关通过宣告无效或废除的法令加以撤销，其后果必定是少数美国人的意愿控制或战胜了全体

人民的意愿。美国人民曾经欣喜地宣布，所有在联邦宪法制定前缔结的条约，或各州的法律，一旦与条约相悖，应予摒弃。

考虑到联邦宪法第六条，下列四项内容显而易见：1. 该条款具有溯及力，应该被视作如同制定于1783年条约缔结之前。2. 依据该宪法规定，各州宪法和法律，一经被发现与这一条约抵触，须服从于条约规定。3. 因为任何州立法机关均不具备超越它的缔造者——宪法——的权力，1783年条约的效力自然高于各州立法。4. 决定撤销或宣布与这一条约或其他任何合众国授权缔结的条约相冲突的州宪法和法律无效，是已经被明确宣布的州法官的职责。联邦法官受其职责和宣誓约束，同样有此义务。

有人主张，如果该条约第四条的目的或其效力将导致州的法律无效，从而剥夺个人已被赋予的权利，正如原告律师对该条款的理解，那么，国会无权制定这一条款。这一论辩毫无意义，但它假定本法院有权判定这一条约条款是否在邦联条例对该实体（国会）的授权范围之内。判断本院是否拥有这项权力现在已没有必要，因为我有充分理由相信，国会已被授予制定该条约第四条的权力……

（魏双娟译　汪庆华校）

3. 莱思诉道伦斯案（*Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, 2 Dallas 304 [1795]）

这是一起联邦巡回法庭的案件，在该案中，帕特森（Patterson）大法官宣布宾西法尼亚州的一个法规无效。1787年，宾州通过认可已授予他人的土地产权而解决了一项土地权利争端。然而三年后，州议会与先前背道而驰，撤销了所谓的“确认法令”（Confirmation Act）。尽管如此，道伦斯（Dorrance）仍根据原法令主张产权。鉴于有足够的依据，原告显然有权获得一项判决；帕特森大法官也这样指示陪审团。他对陪审团的指示（如下所示）主要建立于司法审查、自然权利、社会契约和宪法性限制的理论基础上，而未拘泥于对相关法规的专门解释上。重要的是，他关于司法权力和联邦宪法合同条款的阐述，预示了此后几十年的裁决和发展情况。

大法官帕特森（Patterson）对陪审团的指示如下：

先生们，为了帮助你们形成判决，我认为首先需要判定“确认法令”的合宪性；或者，换句话说，州议会是否有权制定那项法令？

立法是主权行使的表现，有必要将崇高、重要的权力授予立法机构；在一些政体下，立法机构制定的法令是不可抗拒并且不受任何控制的。在我们的大多数法律原则和立法概念的来源地英国，其议会的权力即是超凡的、不受限制的……

尽管英国的一些法官有勇气宣称，议会的法令一旦违背自然公正就是无效的，但这种观点与通常的立场相冲突。通常的立场认为司法部门不能质疑议会法令的有效性；对议会的法令不能争议而必须服从。议会的权力是绝对的、超凡的，在政治的等级制度中，它是无所不能的。而且，在英国，没有成文的宪法、根本性法律，没有任何可见的、真实的、确定的标准用以检验法规的有效性。在美国，情况则有很大不同：联邦的每一个州均有精确、严密的成文宪法。

宪法是什么？它是由人民用强有力的手描绘出来的政体形式，其中某些根本性法律的首要原则得以确立。宪法是确定的、不变的，它蕴含着人民的永久意志，是国家的最高法律，对立法权而言，它是至高无上的，只有创设它的机构才能予以撤销和修改。

创造生命和剥夺生命的规则必须出自同一只手。立法机构是什么？——宪法的创造物，其存在归于宪法，其权力来源于宪法。宪法是立法机构的授权书。因而，立法机构的所有法令必须与宪法一致，否则其法令是无效的。宪法是人民自己的作品，是人民自己意志的体现，是基于原初的、主权的、不受限制的能力；法律则是立法机构的作品和意志的体现，是基于派生的、附属的能力。前者是原创者的作品，后者则是创造物的作品。宪法对立法权的行使设定了限制，并规定了其运行须遵循的轨道。简而言之，先生们，宪法是政治体系的太阳，所有立法、行政和司法机构必须环绕其运行。无论在其他国家情形怎样，然而在我国，毫无疑问的是，立法机构的每一项法令只要与宪法抵触就绝对地无效……

一个州的宪法是稳定的、恒久的，既不随时代的任性而改变，也不随事态潮流的变化而起伏不定。尽管存在不同利益的争斗、竞争方的过激行为，它仍然是坚定的、巍然不动的，如狂风暴雨中耸立的高山，如波涛汹涌大海中矗立的礁石。我的立场就是，如果一个立法法令违背一项宪法性原则，则前者必须让步，并且，由于其与宪法抵触而须被否决。同样清楚而坚定的立场是：在这样的场合中，坚守宪法、宣告法令的无效是法庭的职责。宪法是立法权的基础，它是所有法律的依据，是为立法者和法官遵循的规则和赋予他们的授权书。在对眼前这类问题的探讨中，一个不该无视的重要原则是：在我国，司法机构并非政府的附庸，而是与政府并列的部门。

在做了这些初步的观察后，我们将继续考虑这个确认性的法令，来检验其合宪性。

在争辩的过程中，双方律师均引用了宾州新近的权利法案和宪法中的某部分，……从这些段落中，显而易见的是，获得、拥有财产的权利和财产受保障的权利是天赋的、固有的、不可转让的。人类有一种财产观：财产对其生存是必要的，并且符合其自然的需要和欲望；财产的安全是促使他们在社会中联合起来的目的之一。一个不能享有自己诚实辛勤劳动的成果的共同体，是没有人会愿意成为其中的成员的。保有财产是社会契约的首要目标，在新近的宾州宪法中，这已成为基本法。每个人都应该为了公共目标或公共紧急状态而做出其应有的贡献，但不能为了共同体的利益，而要求其在没有获得补偿的情况下，放弃或牺牲他的包括动产和不动产在内的所有财产。这将使个人承受本应最终由社会来承受的负担。英国的历史上没有出现过这类例子，即使号称全能的议会也从来没对私人财产权做出这样的侵害。假如他们这样做了，其所体现的也恰恰只是不受限制的权力的危害性，是行使强权而非行使权力。这样的法令将

是立法中的"怪物"，并且将使整个人类感到震惊。因而，立法机构无权制定这样的法令：在没有做出公正补偿的情况下，剥夺一个公民自由保有的财产而将之授予另一公民。它有违理性、正义和道德上的正当性，它与人类的舒适、和平、幸福格格不入，它和每个自由政体下的社会联盟（social alliance）原则正好相反，最后，它也有悖于宪法的文字和精神。简而言之，每个人在他自己的案件中均会认为这是不合理、不公正的。按照这个思路，下一步便是，是否在给予补偿的情况下，立法机构便有权制定剥夺一个公民自由保有的财产而转而将之授予另一公民的法令。在某些紧急状况下，州议会有权行使这种崇高的权力，这一点已为社会契约的性质和宪法的措辞所表明。该宪法规定，众议院将拥有一个自由的州或联邦所必要的所有其他权力；但他们无权增加、变更、废除或侵犯宪法的任何部分。

被告方的推理过程，可以用几句话来概括。正如一些作者恰如其分地描述的那样，当为州所处境况所必需时，这种专断的征收私有财产的权力存在于每一个政府之中。这种权力的存在是必要的，没有它，政府将不可能维续自身的存在，并且，假如这是事实，这种权力授予其他机构不可能比授予议会更安全。但前提是，除了有紧急或非常急需的状况，他们不能实施这种权力。这种推理是有效的，然而，很难认为剥夺属于某一公民且为其所占有的地产而将之给予另一公民属于州的必要状况，从而形成前述例外状况中的一种情形。州将土地授予其公民本身是不重要的，重要的是，一旦授予某公民，该地产就应该受到保障，所有者应在享有其权利时得到保护——宪法规定了这一点，并将其奉为神圣。先生们，我们必须牢记的是，眼前是一起土地财产权的案件。在该案中，议会试图剥夺由法律授予一类公民的土地，而这样做的目的仅仅是为了将同一财产授予另一些公民。这种情况不可能与战时、饥馑时或其他极端必需情况下征收、征用私人财产相似；也不可能相似于由于迫在眉睫的公共紧急状态或偶然事件的爆发而暂时占有土地的做法。在后面的情况下，财产所有权没有发生改变，权利没有被剥夺，产权仍然保留着，财产所有者虽然暂时丧失了对财产的占有，但仍然是所有者，是土地的主人。占有随着偶然事件的出现而发生，也随着偶然事件的结束而终止，必需的权利得到满足并达到了目的，然而这不至于会影响产权，因为其性质上是暂时的，不可能永远持续下去。宪法明确地宣称，获得和占有财产的权利、财产的受保障权，是天赋的、固有的、不可转让的。它不是从立法中得到的优惠权（*ex gratia*），而是出自于宪法的义务（*ex debito*）。它是神圣的，因为立法机构无权增加、修改、废除或侵犯宪法的任何部分，这一点得到进一步的明确。宪法是立法权的源泉和检验标准；宪法告诫立法者：你该走得远些，但不能更远。宪法中的一丝一毫都不允许动摇，宪法中的一砖一瓦都不应该被残损。改变是危险的：一次侵蚀将导致另一次，先例将产生先例，已经做的行为能再次重复，从而导致宪法的根本原则普遍地被违反，导致宪法最终被彻底摧毁。假如由立法机构通过一个仅仅影响特定个人的秘密法令，能从一个合法取得土地的公民那里夺走土地并将其授予另一公民，那么，保障从何体现？财产的不可侵犯性又体现在哪里呢？私人财产权须由一般的、周知的、确定的法律所规制、保障、管理，为一般的、周知的、确定的裁判机构裁决，法律和裁判机构不是应于暂时的危急状况、迫在眉睫的紧急事件而产生，以服务于即刻的转变或临时的利益的。他们的运作和

影响是平等的、普遍的，他们对所有情况施加同样的压力，这样才能有保障和安全、宁静与和平。一个人无须害怕另一个人，没有人会对立法机构产生恐惧。与授予立法机构如本案中行使的那样不必要的、危险的和巨大的权力相比，去冒可能导致某些损害的风险必定显得更明智、更安全。按照那种论辩的充分逻辑，权力是无边的、全能的。因为，立法机构既判定场合的必要性，也判定对价物的性质和价值。

这种既判定必要性也判定补偿额的事例在任何国家都不可能发生。假定立法机构真有权这样做，那么仅仅为了授予另一个人而剥夺一个人的地产——即使已做出充分的补偿——这样的情形也是奇怪的、不幸的。除非该种补偿以我下面提出的方式确定。

然而，允许立法机构在做出补偿的基础上从 A 处拿走不动产而授予 B，其依据的原则和推理不外乎以下：立法机构是惟一的、排他的裁判者，由它去断定某一场合是否系应该实施专断权力的必要场合。根据社会联盟或宪法的原则，这种权力不可能扩展至超越基于每一种现存场合的必要性的判断界限。立法机构宣布和规定这样的场合属于公共危急状况或为州所必需的状况，从而授权州政府拿走 A 的土地而授予 B；相应地，理性的命令和永恒正义原则以及社会契约的神圣原则、宪法均宣称和指示：A 应该获得相应的补偿。但至此，立法机构必须止步了，他们已经充分实施了其权力，不能走得更远：他们不可能合宪地决定补偿金额或土地的价值。公共危急状态和必要状况均不要求立法机构在没有财产所有者的参与下、或在没有陪审团的干预下，自己评估某物的价值，或认定应付的补偿金额……

据称立法机构必须判定其专断权力介入其中的必要性，这是一种必要的权力，政府中的其他权力不能对此作出决定。任何世俗制度都是不完美的，某些情况会发生，在这些情况中，私人财产权必须服从于公共事业和普遍危险的迫切要求。的确是这样，但那也必须基于对个人的完全的补偿。需要讨论的是：由谁来判定这种补偿？是否还存在一种必要状况，立法机构或由其独立任命的个人须衡量补偿额或被占有、征收的土地的价值和产权的有效性？是否存在第三种必要状况，财产所有者必须交付对价物以得到其土地？是否存在第四种必要状况，土地对价物的价值须由财产董事会调整认定，而无须当事人的同意或陪审团的干预？哎呀！必要性如何生成必要性，他们彼此互相生成，变得永无止境。财产所有者靠边站，作为一个孤独、不受保护的共同体的成员，在既没有他的同意、没有举行听证、没有通知、没有在其参与的情况下判定财产价值，也不经陪审团的干预，就剥夺了他的财产，并在同样的情况下认定土地对价物的价值。如果说这样做的是一个财产保护被宪法赋予神圣色彩的共和国政府的立法机构，我要问，它和某个亚洲君主的专制命令有什么区别？因为立法的无所不能恰是专制的表现。按照这种理论，我们没有什么可声称为自己拥有或暂时为我们所有的东西了，我们都是被任意摆布的佃户（tenants at will），仅凭立法机构的一时高兴而持有我们的地产：多么悲惨的状况！多么靠不住的占有权！我们竟然还吹嘘拥有财产权和法律、法庭、宪法对财产权的保障，我们竟然还声称我们是自由的！先生们，简而言之，这个确认法令是无效的，它在宪法上从来没有存在基础，它是没有生命力的文字，就如同它从来没有被制定那般，没有任何价值和效力……

在阐述了前述问题的意见后，这个撤销性的法律的有效性问题就不言而喻

了。为了使所有实质问题可以于最高司法权前得到修正，我的目的是要在这个指示中指明本案中的所有实质点。先生们，当我谈及这个撤销性的法令的合宪性时，我将仅仅耽搁你们几分钟。这个法令在美利坚合众国宪法被接纳之后制定的，这种主张有悖于宪法，因为：（1）它是溯及既往的法律；（2）它是损害合同义务的法律。

（1）它是一项溯及既往的法律。事实是什么呢？假如在宪法的措辞之内制定法律成为一种事实，那么一旦制定，没有法律能被撤销。一些康涅狄格州的拓荒者向委员们递交了申请书，委员们已经收到并作了登记。这些是事实。但它们是有效的事实吗？它们赋予了任何权利或授予了任何财产吗？不——不管是否作出此申请，几方当事人仍处于先前的位置。申请没有创造利益，没有影响产权，没有改变财产，即使作了申请，它们仍是无用的、无效的。其他法令是有必要实行的，但在实行它们之前，应暂停实施并撤销这项宾州法律。

（2）它损害了合同的义务，因而是无效的。假如争议中的土地财产权属宾州既得，那么，立法机构就将有权在任何时候以任何方式处置该土地或将土地给予他们乐于给予的人。对于公共财产，他们有处置和控制的权力；对于私人财产，他们没有这种权力（或许除了在某些受限制的场合中，除了出现可能发生的情况，即影响他们自己和他们的选民的有关财产权的一般法律颁布、实施中发生的情况）。然而，假如确认法令是宾州的立法机构与康州的拓荒者之间的合同，则其必须由适用于所有合同案件的规则和原则来规范。假如这样，它显然是无效的，因为它在运作过程中和结果上试图从作为第三人的宾州申请人那里骗取他们的正当权利——由宪法和众所周知的土地法确认的保障权。原告的争议中的土地产权合法地来源于宾州。根据合同的原则，宾州怎么能再合法地处置该土地并将之给予另一人？没有物主的同意，合同不能转让权利；没有物主的同意，合同是欺诈的，并且是无效的……

（劳东燕译）

（二）国家的法律与授予的权利

4. 卡尔多诉布尔案（*Calder v. Bull*，3 Dallas 386［1798］）

1795年，康涅狄格州立法机构取消了遗嘱法庭的一项命令，并允许在该法庭进行一次新的听证。原告起诉认为这是一项为联邦宪法所禁止的溯及既往的法律。然而，最高法院遵循传统实践，认为此种对溯及既往的法律的禁止仅适用于刑事案件而不适用于民事案件。然而，蔡斯（Chase）大法官以独立的意见书，揭示了司法对于威胁财产权的立法实践的日益容忍。

大法官伊莱德尔（Iredell）宣布法院判决如下：

假如一部宪法没有对立法权施加限制，并且依照该宪法设立了由立法、行政和司法部门组成的政府，那么，结果必定是，无论立法权选择制定什么，都将被认为是经合法地制定。司法权从来不能干预，宣称某项立法是无效的。确实，某些思辩的法学理论专家认为，违背自然正义的立法本身就是无效的，然而，我认为，在这样的政体下，任何法庭都未拥有宣告其无效的权力。……

因而，为了反对这样的大“恶”，严格限定立法权的目标，把立法权限于明显的、确定的范围内，这一直是美国各州的政策，各州自革命后均已制定了各自的宪法，这同样也是美利坚合众国人民建立联邦宪法时的政策。假如国会或州立法机关的任何法令违反那些宪法条款，此种法令无疑是无效的。不过，基于宣告其无效的权力具有微妙的、可怕的性质，因此除非在现实的、紧急的情况下，本院将从不诉诸此种权力。另一方面，假如联邦立法机构或联邦任何成员的立法机构在它们的宪法权力范围内通过一项法律，那么，法庭不可能仅仅因为依其判断认为该法律有悖于自然正义原则，就宣告其无效。没有确定的标准来规整自然正义的观念，对此，即使最能干最正直的人，其看法也会有所不同。在此种情况下，本院所适宜说的是，依法官的意见，拥有平等权观念的立法机构通过这样的法令，是不符合自然正义的抽象原则的。审视此问题，有两种情况：（1）假如立法机构在授权的范围内行使权力，其行为是有效的；（2）假如立法机构超越其授权范围，其行为则是无效的。在前一种情况中，他们行使的是人民赋予的裁量权，只对人民负有忠实履行委托的义务；但在后一种情况下，他们违反了指导性的根本法，无论何时，作为法官，我们被要求去决定立法性法令的有效性……

很不幸，对于人类的品性而言，滥用权力的诱惑实在是太大了，因而，联邦或州的宪法的制定者们已经明智地否定各立法机构——包括联邦和各州的立法机构——拥有此种权力。他们不允许通过任何溯及既往的法律，或者，换句话说，他们既不允许对实施时是无辜的行为施加惩罚，也不允许对任何特定的犯罪行为施加较先前为重的惩罚。

但禁令中的政策、理性、人道没有延伸至仅仅影响公民私有财产的案件中，相反，一些最为必要且重要的立法性法令基于如下原则而制定，即私权必须服从公共紧急状况的原则。高速公路穿行于私人土地之上，有时防御工程、灯塔和其他公共建筑也有必要建于私人所有的土地之上。在此种情况和类似的情况下，假如物主拒绝自愿地向公众提供方便，则其须在公共需要的范围内受到限制，同时，通过向他们支付合理的对价物，正义就得到了实现。没有这种权力，政府在运作过程中就将经常受阻，社会自身也会面临危险。声称权力可能被滥用——因为所有权力都具有这样的性质——这是每个人类机构的固有倾向，仅有这样的主张是不够的。公平地说，不应赋予仅仅受被授权主体自身裁量权制约的征税权，因为立法机构可能会为不实际的、无用的计划而不顾其真实目标，在1英镑中征收19先令的税收。我们必定赞成在我们所能和所不能之处不断地对权力的使用施加限制，我们必定赞成树立某种有益的信心。让我们觉得欣慰的是，在这方面，无论是在古代还是现代，从来没有一个政府比美国政府离危险更远。

*　　　　*　　　　*

蔡斯（Chase）大法官发表独立意见：

康州的决议或法律造成了如下结果：修正了下级法院即 Harford 遗产法院的一个裁决，并指导该法院进行了一次新的听审。Harford 遗产法院通过了有违 Normand Morrison 意愿的判决。根据康州的实定法，遗产法院判决的结果是将追索财产的权利赋予了卡尔多夫妇（上诉人）。然而，依据随后的决议或法律和由此举行的新听证会及最终决定，其追索财产的权利又被剥夺了，并且财产被宣称为布尔夫妇（即被上诉人）所有。因此这里惟一的疑问在于，康州这样施行的此种决议或法律是否属于为联邦宪法所禁止的溯及既往的法律？

即使州宪法不予禁止，任何州的立法机构是否能通过法律来变更或纠正一项法院的判决，这是一个非常重大的问题。但是，现在并没有必要来解决这一问题，因为争议中的决议或法律并没有走得那么远。虽然州权力不该由州的宪法或根本法予以明文限制，但是我不能同意州立法机构是万能的，或者它是绝对的、不受限制的。美利坚合众国人民建立其宪法或政体形式，是为了实现正义、增进大众福利、保障自由之幸福，以及保护其人身和财产不受暴行的侵犯。人们踏入社会的目的将决定社会契约的性质和条款，而且，因为他们是立法权的基础，因而将由他们决定什么是社会的合适目标。立法权的性质和目的将就对其行使设定限制，这项根本原则正是源自我们自由共和政体的性质。该原则规定任何人不得被迫去做法律不要求的事情，也不得被禁止从事法律所允许的行为。因此，即使没有超出其权限，联邦或州立法机构也不能制定某些法令。在我们的自由共和政体中，存在某些重要的原则，这些原则将禁止并否决对于立法权的明显的、臭名昭著的滥用，如为了保护所成立的政府而通过实在法认可明显的不公正，或撤销对个人自由或私有财产的保障。立法机构的一个法令（因为我不能称它为法律）如与社会契约的首要原则相违背，则不能认为此举是对立法权的合理行使。根据明确的契约和共和原则所设定的政府的法律义务，应由创建它的权力的性质所决定。一些例子足以解释我所讲的意思：一项为无辜行为（或者换句话说，一个当它实施时并没有违反现有法律的行为）而惩罚公民的法律，一项消灭或损害公民合法的私人契约的法律，一项使某人成为自己案件的法官的法律，或者一项从 A 手中夺走财产权而将之赋予 B 的法律。对一个民族来说，把这样的权力委托给立法机构行使是违反所有理性和公正的，因而不能推定立法机构有这样的权力。我们的州政府的特性、性质和精神都禁止这样的立法性法令，并且，法律和理性的一般原则也禁止此种立法。立法机构可以做出命令、允许、禁止和惩罚的决定，他们可以宣告新的犯罪、为所有公民在以后的案件中设定行为规则，他们可以宣布什么是正确的，并禁止错误的，但他们不能把无罪变成有罪，或者将无辜者作为罪犯予以惩罚，或者侵犯一种先前合法的私合同权利，或者侵犯私有财产权。如果不明文禁止我们的联邦、州立法机构拥有此种权力，而相反予以维继，依我的看法，这将是一种完全不能容于我们的共和政体的异端邪说。

（劳东燕译　王元校）

二、国家至上：马歇尔时代（1801—1835）

（一）司法审查

1. 马伯里诉麦迪逊（*Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 [1803]）

> 本案确立了美国联邦最高法院行使司法审查权的先例。1801年杰弗逊当选总统后，命令其国务卿麦迪逊拒绝颁发上届总统亚当斯离任前签发的任命治安法官的委任状。马伯里就是这批治安法官中的一名，于是就引发了本案。马歇尔大法官通过解释1789年《司法法》（the Judiciary Act）和宪法，巧妙地化解这场政治危机。

首席大法官马歇尔（John Marshall）发表了如下意见：

在书记员宣读宣誓书（affidavits）并归档之后，此案形成了一个规则，即要求国务卿说明不送达命令状（mandamus）的理由，并命令他给威廉·马伯里颁发哥伦比亚地区华盛顿特区治安法官的委任状。

但是国务卿没有说明任何理由，而目前的申诉正是针对这一命令状的。由于案情的精细微妙，背景的新奇复杂，以及案件争议焦点所产生的真正困难，都要求对法院形成判决的原则作出详尽阐释。

尽管这些有利于申诉者的原则都在法庭上经过了巧妙的辩论，但在法院形成意见的过程中，在某种程度上还是从形式上而非实质上背离了辩论中所涉及的主题。

法院审理这一案件时，按顺序考虑并解决了下列问题：

1. 申诉人是否有权要求颁发委任状？

2. 如果他有这个权利，而且此项权利受到侵犯，我国的法律是否为其提供了救济手段？

3. 如果法律确实为他提供了救济手段，这种救济手段是否指法院下达颁发委任状的命令？

首先要调查的是第一个问题：申诉人是否有权要求颁发委任状？

本院认为：当总统签发了委任状时，即意味着作出了任命，一经国务卿在委任状上加盖美国国玺，委任即算完成。

因此，马伯里先生已经被任命了，因为总统已经在委任状上签了字，并且国务卿也加盖了国玺。由于法律设置了治安法官这一职位，并赋予该法官可以行使五年的、独立于行政机构的权力，因此，这个委任状不仅不可撤销，而且授予该法官某些法定权力，这种权利是受国家法律保护的。

因此，本院认为，扣留委任状的行为不是法律授权的行为，而是对法定权利的侵犯。

这就带来了需要调查的第二个问题：如果他有这个权利，而且其权利被侵

犯了，法律是否为其提供了救济手段？

毋庸置疑，公民自由权的真正本质在于：每个人在其受到侵害时，都有权要求法律给予保护。政府的一个首要职责就是提供这种保护。我们一直强调，美国政府是法治政府而非人治政府。但是，如果我们的法律不能给受到侵害的法定权利提供救济，那么，我们当然不能认为它无愧于“法治政府”这一崇高称号。

如果本案对我们国家的法律理念带来如此毁誉的话，那么，这必定是由于本案的特殊性质而引起的。

因此，我们应当查明，在本案中，是否存在这样一些构成要素，可以使本案免于法律调查，或对受侵害方拒绝给予法律补救。

该案在性质上是否属于庭外的调解协议？我们的宪法对最高行政机构实施的政治行为是完全信任的，而且对因此受不当行为（misconduct）侵害的个人不予救济，那么，颁发或扣留委任状的行为，是否应作为纯粹的政治行为而由行政机构独立行使？

这类案件的存在是不容置疑的，但并不是任一政府部门作出的每一个职务行为都将形成此类案件。

那么接下来的问题是，法院能否审查部门首脑行为的合法性，这通常取决于该行为的性质。根据美国宪法，总统掌管某些重要的政治权力，在行使这些权力的过程中，他可以使用自由裁量权，同时仅以其政治人格对国家及自己的良心负责。为使其更好地履行职责，宪法授权总统任命某些官员，这些官员服从并执行他的命令。

在这类案件中，这些官员的行为被视为总统的行为，而且，不管对行政裁量行为的方式持何种意见，都不存在、也不能存在某种权力来控制它。这属于政治的范畴。这种行为更尊重国家，而不是个人权利。这种自由裁量权委托给了行政机构，行政机构的决定通常是具有最终决定性的。当我们注意到国会设立外交机构的行为时，就会发现这一观点在实践中的应用。外交官员的职责是法律明文规定的，他必须严格按总统的意愿行事，他仅仅是传达总统意愿的机构，法院决不能审查这些官员的职务行为。

但是，当立法机关继续将其他职责赋予这一官员时——当他接受法律强制去执行某些行为时，当个人权利有赖于那些行为的实施时——就此而言，他就是法律的执行者，其行为必须守法，也不能因行使自由裁量权而践踏其他人的法定权利。

从上述推理得出的结论是，当部门首脑作为行政机构的政治代表或秘密代表时，他们仅仅是执行总统的意愿，或者更确切地说，是行使行政机构所拥有的由宪法或法律赋予的自由裁量权。再明显不过的是，对这些行为只能进行政治性审查。但是，只要法律赋予其特定的职责，而且个人权利的实现有赖于这些行为的实施，同样很清楚的是，认为其权利受到侵害的个人有权诉诸国家法律，请求救济。

因此，法院的意见是，马伯里有权得到任命，拒绝颁发委任状的行为是对这种权利的公然侵害。对此，国家的法律为他提供了救济。

接下来，需要调查的第三个问题是：他是否有权获得他所申请的那种救济。这取决于两个方面的问题，即其所申请的令状的性质，以及法院的权力。

首先，这一令状的性质。

这个令状一旦授予，就意味着对一位政府官员的命令。用布莱克斯通（Blackstone）的话来说，这一令状要求该政府官员“必须作出特定的行为，这些行为是属于其职位和职务所特有的行为，而且是法院预先决定或者至少假定符合权利与正义的行为。”或者用曼斯菲尔德勋爵（Lord Mansfield）的话来说，案件中的申诉者有权要求担任公职，但却被剥夺了这一权利。

显而易见，本案中也出现了这种情况。

然而，为了给该命令状提供适当的救济，接受令状的官员必须在法律原则上是该令状可以命令的人，同时，申请令状的人必须是除此之外再没有其他具体的法律救济途径。

首先，我们来看一看接受令状的人。由于美国总统和部门首脑之间存在的亲密的政治关系，必然使得对那些高级官员的行为进行的法律调查都是令人厌烦且微妙棘手的，也正是这种亲密关系，使得人们怀疑这种调查是否适当。人们获得的印象经常是没有经过足够的反思或审查的。这并不奇怪，正如本案所显示的一样，如果认为个人在法庭上提出的相关法律主张属于法院职责范围，那么这一主张首先就会被某些人看作是企图侵犯内阁并干涉行政机构的特权。

法院无须放弃所有对这类案件的管辖权，但同时，法院也一刻都不能荒谬地、过度地扩大自己的管辖权。法院的活动范围仅仅是决定个人的权利，而不是审查行政机构或行政人员如何行使自由裁量权来履行职责。政治性问题或依据宪法和法律应提交行政机构的问题，决不能由法院来解决。

但是，如果不属于这样的问题，如果这非但不是对内阁秘密的侵犯，反而是遵守一个依据法律建立在记录基础之上的法律文件，甚至是花十美分复制的、赋予某项权利的法律文件的副本，如果这并没有干预人们认为已属行政机构管辖的事项，那么，高高在上的官员凭什么来禁止公民在法庭上主张其法定权利？又凭什么来禁止法院听取申辩，或禁止法院颁发要求该官员依据议会特定法案或法律一般原则而非依据自由裁量权来履行其职责的命令状？

如果部门首脑依据法律规定做出某一影响个人绝对权利的行为，他的这一行为并不是按总统的命令行事而且在法律上总统也无权加以禁止，那么，决不能推定总统当然禁止此类行为。例如，记录一个已经具备法律神圣性的委任状，或取得一块土地的特许状，或者发放这些记录的副本。在这些案件中，如果是由一般工作人员作出的服务行为，我们想不出法院可以根据什么理由对此不作出判决，因为对于受侵害的个人而言，最重要的应当是捍卫其权利；同样的，对部门首脑做出的同一行为，我们也无法找出免除法院判决职责的理由。

因此，这是一个关于命令状的普通案件，无论这一命令状是要求送达委任状，还是要求送达委任状的副本。现在剩下的仅仅是调查：法院是否有权发布这样的令状。

建立美国司法系统的《司法法》授权最高法院“有权在法律原则和法律惯例许可的案件中，对以合众国名义任命的法院或公职人员发布令状”。（注：1789年《司法法》第13条全文如下：“本法将进一步规定：对所有关于民事性质的、并以州为一方当事人的争议，最高法院享有排他性管辖权，而对州与其公民之间，以及州与其他州的公民或外国人之间产生的争议，最高法院享有初审但不是排他的管辖权。对大使或其他公使以及他们的家庭成员或家庭服务

人员提起的诉讼案件，最高法院享有排他性管辖权，因为法院可能依照国际法行事。对所有由大使、或其他公使提起的诉讼案件，或以领事、副领事为一方当事人的诉讼案件，最高法院享有初审而不是排他的管辖权。最高法院在审理所有对美国公民提起的诉讼时，必须由陪审团来裁决案件的事实争议。对巡回法院及几个州法院审理的案件经过特别的方式提起后，最高法院也享有上诉审管辖权，同时有权在海事法庭的审理过程中及海事管辖权的行使过程中，对地区法院发布禁令，也有权在法律原则和法律惯例许可的案件中，对以合众国名义任命的法院或公职人员发布令状。”）

国务卿作为以合众国名义担任公职的人员，正在上述法院管辖的范围之内。如果本法院无权对这样一位官员发布令状，那么必定是因为《司法法》这一法律是违宪的，因而绝对无权授予法院这种权威，也无权赋予法院其条款所声称赋予的职责。

宪法将美国的全部司法权授予最高法院，以及国会随时命令和建立的任何下级法院。这一司法权显然适用于根据美国法律提起的所有诉讼。因此，这种司法权可以以某种形式适用于眼前这一案件，因为当事人主张的权利是美国法律所赋予的。

在分配这种权力的过程中，宪法规定“对所有涉及外交大使、其他公使及领事，及以州作为一方当事人的案件，最高法院都享有初审管辖权，而在所有其他案件中，最高法院享有上诉管辖权。”

在法庭上有人坚决主张，将初审管辖权授予最高法院及其下级法院是一般性授权，而且授权最高法院初审管辖权的具体条款中并不包含任何否定性或限制性语句，因此，只要法律条文没有具体列举的案件属于美国司法权管辖范围的案件，这些案件的初审管辖权是否分配给最高法院就由国会来决定。

如果宪法的意图是将分配最高法院与下级法院之间管辖权的权力留待立法机关根据其意愿来处理，那么，除了界定司法权以及应被赋予司法权的法庭，宪法作进一步规定肯定是没有意义的。如果我们做这样的解释，那么该条款的后一部分规定纯粹是多此一举、毫无意义的。如果国会可以自由赋予本院上诉管辖权，而宪法又宣布这一管辖权是初审管辖权，或者说，国会赋予的初审管辖权在宪法上又被称为上诉管辖权，那么，宪法所规定的管辖权的分配就仅仅是不具有实质内容的形式而已。

一般说来，肯定性的词语在使用过程中，与其说是要肯定它所肯定的内容，不如说是要否定其他的东西。因此，在本案件中，我们必须在否定性或排他性的含义上来解释这些肯定性术语，否则这些肯定性术语就没有发挥作用。

宪法的任何条款都不可能被推定是没有效力的，因此，我们也无法接受司法管辖权的分配权应留给议会这种解释，除非是宪法中有这样的明文规定。

从根本上组织司法系统的法律文件，把司法体系分为一个最高法院以及由立法机关命令和建立的多个下级法院，然后列举其权力，进而分配这些权力，如通过规定对某些案件行使初审管辖权、对其他案件行使上诉管辖权来界定最高法院的管辖权。这些条文的字面含义是，在某类案件中它享有初审管辖权而非上诉管辖权，而在其他案件中，则享有上诉管辖权而非初审管辖权。如果任何其他的解释将导致该法律条文无效时，这就可以作为附加理由来拒绝这种解释，并坚持该条文本身的明显意义。

因此，为了使本院享有发布令状的权力，就必须表明本院行使的是上诉管辖权，或表明其有必要行使上诉管辖权。

法庭上已经阐述过，上诉管辖权可以有多种行使方式，如果立法机关认为，为了上述目的必须使用令状，那么，法院就必须使用令状。的确如此，但这里指的是上诉管辖权，不是初审管辖权。上诉管辖权的实质标准是：它可以修改或纠正已经起诉的案件程序，而不是立案。因此，尽管最高法院可以向下级法院发布命令，但向行政官员发布这样一个送达文件的令状，就等同于针对该文件的原始诉讼，因而这并不属于上诉审，而属于初审管辖权的范畴。在这样的案件中，让法院行使上诉管辖权是没有必要的。

由此看来，建立美国法院体系的《司法法》赋予最高法院的对行政官员发布令状的权力，显然并没有得到宪法的授权，因此有必要探讨的是，《司法法》赋予的管辖权能否被行使。

一个与宪法相抵触的法案是否能成为国家的法律？对美国来讲，这是一个具有深远意义的问题。但幸运的是，它虽然很重要，但并不复杂。我们只须承认某些长期以来已经确立的原则并据此作出决定即可。人们享有一种原初权利来为他们未来的政府确定他们认为最有利于其自身幸福的原则，正是基于这些原则，整个美国的国家结构才得以确立。这种原初权利的行使需要殚精竭虑，它不能也不应该经常地被反复行使。所以，如此确立起来的原则是基础性的，由这些原则产生的权威是至高无上的，也是很少实际使用的，因而，这些原则被设定为永恒不变的。这些原初的、至高无上的意志组织起政府，并授予不同部门各自的权力。它可能到此为止，也可能进一步确立起各部门不得逾越的某些限制。

美国政府属于后一种情况。立法机关的权力被界定并受到限制，而且，由于是成文宪法，这些限制是不应该被弄错或被遗忘的。如果这些限制随时可能被它们所要限制的人逾越，那么对权力加以限制的目的还何在呢？对这些限制予以明文规定的目的又何在呢？如果这些限制无法控制他们想要加以限制的人，如果被禁止的行为和被允许的行为对政府来说，都必须承担同样的责任，那么，有限政府与无限政府之间就没有什么区别了。由此推出一个显而易见、毋庸置疑的结论：要么，宪法制约着任何与其相抵触的立法行为；要么，立法机关可以通过普通法案来修改宪法。

在这两种选择中，没有中间道路可走：宪法要么是一种优先的、至高无上的法律，不能被一般法案修改；要么与一般法案处于同一层次，并与其他法律一样，立法机关可以随时加以修改。如果前种方式是正确的，那么与宪法相违背的立法法案就不是法律；如果后种方式是正确的，那么成文宪法以人民的名义限制这种本质上无法限制的权力则只能成为一种荒谬的企图。

显然，那些成文宪法的制定者们将宪法视为国家基础的、重要的法律，这种政府所坚持的理论是：与宪法相抵触的立法法案都是无效的。每一个成文宪法都坚持这种理论，同时在法院看来，它也是我们社会的基础原则之一。因此，它是这一问题进一步研究不可忽视的问题。

如果与宪法相抵触的立法法案是无效的，这种无效的法案是否还能约束法院，并促使法院适用它呢？或者换句话说，尽管它不是法律，是否能形成一个把它当作法律来适用的规则呢？这将在事实上推翻建立在理论之上的原则。乍

眼看来，其荒谬性是显而易见的，因而也是不能坚持的，然而，它似乎应得到更为慎重的考虑。

必须强调的是，司法机关的职责范围是确定法律到底是什么：那些将规则适用于具体案件的人，必须详细说明并阐释该规则。如果在两个法律之间存在冲突，法院必须决定适用其中哪一个来作出判决。因此，当某个法律与宪法相违背时，当将宪法和法律都适用于同一个具体案件时，法院必须作出决定：要么不考虑宪法而适用法律，要么不考虑法律而适用宪法，法院必须适用这些相抵触的规则中的一个来解决这个案件：这就是司法职责的实质。

如果法院尊重宪法，认为宪法高于立法机关制定的其他普通法律，则应适用宪法而不是普通法案来解决这两者都可以适用的案件。

而那些反对法院将宪法视为最高法律这一原则的人，却认为法院必须忽视宪法，而将目光仅仅集中到法律上。这一说法将颠覆所有成文宪法的基石。它宣称，一个根据我们的政府原则和理论来讲是完全无效的法案，在实践中却具有完全的效力。同时，它还宣称，如果立法机关通过一个法案，尽管这一法案是被明令禁止的，但它在实践中却是生效的。这一说法在将立法机关的权限限制在极小范围内的同时，又赋予其实际的、真正的权威。它一方面规定了限制，另一方面又宣称立法机关可以随意地逾越这些限制。这种说法将使我们对政治制度的最大改进——即成文宪法——变得毫无意义。这种后果即足以使之变得不可接受。而美国宪法自身的独特表述更是为拒绝这种解释提供了进一步的论据：美国的司法权适用于所有依据宪法提起的案件。

因此，在司法权的行使过程中可以不考虑宪法，这难道是赋予这种司法权的人的本意吗？对根据宪法提起的某个案件，难道也可以不审查宪法文件而直接作出裁决？这些想法根本立不住脚。因此，在某些案件中，法官必须考虑宪法。而一旦他们翻开了宪法，难道其中有什么部分是禁止他们阅读或遵守的吗？

宪法的许多地方都可以说明这一问题。例如，它规定："对于从任何一州输出的货物，不得征收税金或关税。"如果对（一州）出口（到另一州）的棉花、烟草或面粉征税并且因此而被提起请求返回之诉，法院是否应对此案作出判决？法官是否可以不顾宪法的规定而只适用法律？

宪法又规定："不得通过剥夺公民权利的法案或追溯既往的法律。"然而，如果通过了这样一个法案，而且有人因它而被起诉，那么，法院必须对该法案受害者（而这些人正是宪法所着力保护的）判处死刑吗？

宪法还规定："无论何人，除根据两个证人对同一明显行为的做证，或本人在公开法庭的供认，都不得被定为叛国罪。"宪法的这一规定就是针对法院的。它直接为法院规定了一条不可悖离的证据规则。假设立法机关要改变这一规则，如规定"只要一个证人或只要在法庭外的招供即足够定罪"，那么，宪法原则必须屈服于立法法案吗？

从这些规定以及还可能有的许多其他规定看来，很明显，宪法制定者们把宪法当作控制法院同时也控制立法机关的规则。否则，宪法为什么要规定法官必须宣誓效忠于它呢？这个誓言当然也以某种特定的方式，适用其职务行为。如果法官仅仅被当作工具来利用，而其本身又知道这一点，强迫他们违背他们所宣誓效忠的东西，这是多么的不道德啊！

同样，立法机关规定的法官的就职宣誓，也完全说明了立法机关对这一问题的看法。誓词曰："我庄严宣誓，我将公正审判，不分贵贱。我将根据我的最大能力和理解服从宪法及合众国法律。"如果合众国宪法没有形成控制政府的规则，如果法官看不到宪法、不能查阅宪法，那么，为什么一个法官就必须宣誓对宪法尽责呢？如果事情真是这样，这种嘲弄就是对神圣的亵渎。无论是规定这种仪式，或是进行这样宣誓同样都是一种罪过。

此外，值得一提的是，当我们宣布何谓国家的法律时，首先提到的是宪法，并且，不是所有合众国的法律，而是只有符合宪法的法律才能被列入法律行列。

因此，合众国宪法的表述方式确认并强调了这一原则，而且它被看作是所有成文宪法的本质所在，即：所有与宪法相抵触的法律都是无效的，法院与其他机构一样，都必须受宪法的限制。

这一规则必须得到执行。

（黎军译）

2．伊金诉罗布案（*Eakin v. Raub*，12 Serg. & Rawle（Penna.）330［1825］）

> 约翰·马歇尔（John Marshall）就马伯里诉麦迪逊一案的司法审查陈述其意见的时候，他的想法离被普遍接受和适用还有很长的距离。对马歇尔见解做出经典的司法上的辩驳的，是来自宾夕法尼亚州最高法院的法官约翰·班尼斯特·吉布森（John Bannister Gibson）。吉布森是美国早期司法界中最富有创造力的人物之一，他在州法院担任普通法官和首席法官达37年。遗憾的是，宾州内部政治上的派系争斗妨碍了他取得美国联邦最高法院法官职位。吉布森的观点可以被看作是对马歇尔理论根据进行了逐点驳斥和在逻辑推理上的反驳。吉布森证明：如果马歇尔的假设能得到满足，则可能得到一个结果，但是如果没有他的那些前提假定，则能合乎逻辑地得出另一个结论。

大法官吉布森（Gibson）发表如下异议：

我意识到，宣布所有违反宪法（无须区分是哪一部宪法）的法律为无效这一权力，被普遍认为是一种（法官的）职业信条，但是，就我的理解，它与其是基于理性的，倒不如说是基于信念。我承认我自己也曾未经检验而接受这条教义，因此我将怀着对那些依然坚持此教义的人们的崇高敬意，在此陈述促使我放弃它的理由。不过我得先另外指出一个颇值得注意的事实，那就是：虽然法官们一直在主张上述的这种权力，但除了马歇尔首席大法官以外，尚未有其

他法官敢于讨论这个问题。……并且，如果对于一个以如此强大的三段论推理能力著称的法官，他的理由被证明是缺乏说服力的，那么这可能相当程度上揭示了他竭力想要捍卫的立场存在某种缺陷。

我首先要说的是，在这个国家里，司法权可以被分为政治权力与纯粹司法权力。那些被一个政府机关用来控制另一机关、或对其行为施加影响的权力，是政治权力。……法院的司法权力是指它的那些通常、适度的权力，这些权力构成司法权的根本，它们无需依赖任何在宪法中假定的授权而存在。但是当政府依据成文宪法而存在时，法院并不一定因此而获得除那些通常的、适度的权力以外的权力。我们的司法机关建立在普通法的原则之上，普通法已深深渗透入社会建制，它们已经密不可分，并且，实际上，普通法已经成为我们整个公民自由与政治自由体系的基础。在我们采纳普通法上的任一制度时，我们赋予它根据普通法应当属于它的权力与资格，除非这些权力与资格在采纳过程中被明示或默示地剥夺或扩大。即使该采纳行为表现为一个成文文件，也并不能改变这样的结果与理解。……那么，在普通法上法院的权力是什么呢？这些权力必须产生于其直接事务，因此它们就是实施国家法律，或者换言之，就是实施分配正义，而无论如何不可扩展至政治领域。……对我们来说，尽管立法机关所拥有的仅是人民认为合适转让的那些主权，但是它在其权力范围内仍是主权。一如它在其他地方那样，立法权在此可以相应地宣称其拥有至高无上的地位。因此我们将不得不承认，法官的通常的核心权力并不包括可以废止立法机关颁布的法律。

宾夕法尼亚州宪法中并没有对法院的政治权力的明确授权。但是，为了确立默示授权，宪法被认为具有最高效力，因此，如果宪法与立法机关制定的某个法律相冲突，后者就必须让步。这一点是无可争议的。但是，认为应由法院来决定这种冲突的说法却是一个谬误。

宪法与立法机关的立法权之间可能会有冲突。但由司法机关来决定这种冲突的做法合法吗？如果这被认为合法，那么法院必定是一个特殊的机关，可以修正立法机关的做法并且纠正它的错误。然而宪法的哪一部分为司法机关具有这个傲人的特权地位提供了依据呢？从相反的角度来看这个问题：如果议会的一个法令宣布最高法院在一个特定的判决中对美国宪法做出了错误的解释，并因此要求撤销此判决，人们会怎么想？它无疑会被视为是对司法权的僭越。但是，宣布一项根据宪法规定的程序制定的法律无效，是不是对立法权的僭越这一点仍不清楚。……

然而，既然确定并宣布一项法律的含义被认为毫无疑问是法院的事务，这就必然涉及对宪法的考察。事实的确如此，但是在多大程度上是这样的呢？如果除了法令的形式之外法院还对其他领域都进行审查，它应该在哪里止步？因此必须对此种审查有所限制。因为没有人会错误地认为，一个法官审查选举结果报告，或者审查立法机关组成人员的资格，还会是正当的。……

但从理论上看，所有的政府机关都具有同样能力，或者即使有所差别，各机关也应被认为只是在专属于自己的事务方面具有更高的能力。既然立法过程中就已经包括对立法权限制的考虑，而对已制定的法律的解释只涉及对法律条文本身的解释，那么，在这个意义上，宪法的解释属于立法机关，因为立法机关应被视为具有更高的能力去判断其自身制定的法案的合宪性。另一方面，假

定各机关在各方面都具有同等的能力，为什么一个机关可以对其他机关行使控制权呢？法院被看作与其他机关具有同等地位，但从未有人假定法院具有更高的地位。然而难以理解的是，一个给其他机关制定法律的权力机关怎么会与一个接受其所制定的法律、而且须就遵守这些法律而对前者负责的所有其他机关处于同等地位。立法在本质上是一种行使主权的行为，而按既定规则执行法律并且不可自行其是，在本质上就是另一回事了。……可能有人认为立法机关的权力同样被既定规则所限制。的确如此，但是，那是人民的权力，在立法权范围内它是至高无上的。而且不能说司法机关是由宪法建立的，就与立法机关具有同等的地位。如果这一点成立的话，那么县治安官、遗嘱注册员、契据登记员，都将是与之处于同等地位了。在他们的职权范围内，这些官员的行为都有人民的权力作为支持，但是没有人会宣称他们的行为与立法机关的活动拥有同等的地位。（各机关）地位上的不平等并非来自于各机关设立的方式，而来自于它们的本质以及功能的性质的差异。立法机关比其他任何机关地位要高，其道理正如同决策与命令的权力在本质上总要高于实施和遵守的权力。……

如果说法院的设置是为了增加一道额外的障碍，那么在这个问题上就不会有疑问了。法官将不会被要求在变幻莫测、捉摸不定的公众意见的基础之上解释法律；他们将会被置于法律明文授权的稳固基础之上；他们不会被迫求助于制宪会议中的辩论、或者当时被广泛接受的观点。……此种授权如此重要，那么就应当明确规定，从而使行使这种权力的人能够了解。……

然而，我在这里要探讨的是，对于立法机关贯彻宪法并首先确定它自身行为的合宪性时，法院的那种假定的干预权。维护宪法的宣誓并不专属于法官，政府的每一个官员都毫无二致地进行过宣誓，这种宣誓与其说是约束他行使职权，还不如说是检验他的政治原则，因为否则就难以确定宣誓行为对例如一个契据登记员所起的作用：他的职权行使与宪法毫无关系。但是，当将宣誓行为与法官的职务行为相联系，而不是与法官的政治原则相联系时，誓约在关于维护宪法这方面仍然必须被理解为仅限于他的职责范围之内，就如同其他的任何官员那样。由此，如果法官的职责并不包括对立法机关权力的调查，那么他的誓约也不涉及这个问题。……

但是，若法官适用一个违宪的法律，他们难道不就是对违宪行为助纣为虐吗？答案是，如果此法律是根据宪法确定的形式通过的，那么就不能这么说。这个问题的错误在于假设法院将立法机关制定的法律当作自己制定的法律。而法律的制定与法律的解释没有关系，就像立法中不需要法院表示同意立法与司法互不干涉并不违宪。立法的错误应归咎于立法机关，而责任也专属于立法机关。

但有人认为，这种解释实际上宣布立法机关在实践中权力无限，这将剥夺公民由于成文宪法所带来的好处。……但是，纸笺与墨水里并没有那种神奇的或者说是固有的权力，去要求人们尊重并捍卫哪些原则不受侵犯。在政府的实际运作中，就如同航海中一样，必须不断诉诸于首要原则，来纠正航行测量的方向。在这个意义上，一部成文宪法的价值无可估量，并且它在使民众熟悉这些首要原则上，同样具有价值。因为，毕竟，除了公共意见外，再没有防止立法上僭权的有效监督了。而在这个国家里，舆论的力量之强大是无法想象的。……一旦听任公众意见为所欲为，以至于可以认可一时的诱惑下导致的对宪法

的错误解释和对权力的滥用，那么当时恰巧执政的政党必定会对司法权试图使公众舆论走上正常轨道的微不足道的努力加以嘲讽。

由于这些原因，我认为人民拥有矫正立法权滥用的完全的绝对的权力，通过指示他们的代表去废除有瑕疵的法令（obnoxious act)。……另一方面，法院不会是一贯正确的。除了通过集会这种独特手段对民意明确表述以外，法院的错误不承认其他救济方式。然而，立法机关的错误可以通过投票权的正常行使来修正——这是一种经过精心计算的更适合达到这个目的的方式，避免了公众的过激情绪。

但是对于一个州议会制定的法令，若被认为是与宪法、法律或美国缔结的条约相冲突，我对法官的职责的看法正好相反。在批准联邦宪法时，各州已经同意对它们各自主权的一些限制。为了实现这个目的，绝对有必要通过它们各自的法官的努力来防止各州实施与这些限制相违背的法条。因此，联邦宪法第六条第二款明文规定："本宪法和根据本宪法应制定的合众国法律，以及根据合众国的授权缔结或应缔结的条约，应为国家的最高法律。每一州的法官都应受本宪法的约束，即使本宪法与任何州的宪法或法律中的任何规定相抵触。"

这一条明确授予了一个政治权力，它确定无疑地表明，没有一个效力较低的法律（各州法律必然如此），可以以违背美国的宪法、法律或者国际公约为代价而得到实施。

（刘晓春译　金锦萍校）

（二）联邦司法至上

3. 马丁诉亨特的租户（*Martin v. Hunter's Lessee*, 1 Wheaton 304 [1816]）

联邦最高法院根据1789年《司法法》(the Judiciary Act）第25条的规定审理来自各州法院的上诉案件的权力，在当时比对国会法案进行司法审查还引发了更大的反对与争议。马歇尔法院曾直接与弗吉尼亚州上诉法院发生两次值得注意的冲突，后者由斯宾塞·罗纳（Spencer Roane）主持，据说杰斐逊要选择他作为合众国首席大法官。第一个案件是费尔法克斯地产案（*Fairfax Lands case*)，该地产在独立战争期间被弗吉尼亚州征用，尽管后来签署了和约，弗吉尼亚州还是拒绝恢复费尔法克斯继承人对该地产的所有权。弗吉尼亚州法院支持了该州的行动，但最高法院于1813年推翻了这个判决（*Fairfax Devisee v. Hunter's Lessee*, 7 Cranch 603)。当时弗吉尼亚州上诉法院拒绝执行最高法院的命令，并裁定《司法法》第25条违宪。1816年该判决又被费尔法

克斯地产案的原告上诉到最高法院。

大法官斯托利（Story）宣布法院判决如下：

本判决涉及的问题非常重要而又微妙异常。或许可以毫不夸张地说，迄今为止维持并保护了宪法本身的那些最坚实的原则也有赖于对这些问题的正确判决。我们对原判法院的高度尊重（原告请求我们来审查它作出的判决），以及对该法院的学识与能力的完全尊重，增大了完成这个任务的难度，这个任务是多么令人讨厌地落在了我们身上。……

宪法只能作一般规定，这是不可避免的。在制定我们这部自由大宪章时，若对它的权能作琐碎的规定，或者宣布实施那些权能的手段，不符合人民的目的。人们早已预见到这将是一个危险而困难的任务，如果不是不切实际的任务的话。宪法本意并非仅是为了短短几年的一时之需，而是要持续千世万载，这千世万载间发生的事件乃深锁于上帝那高不可测的意旨之中。……

宪法的第三条是我们应当主要注意的。……

让我们来仔细衡量、考察这个条款。该条款的文字从头至尾，很明显，其本意对立法机关来说就是强制性的。……宪法的目标是要建立三个政府部门：立法机关，行政机关还有司法机关。第一个机关通过法律，第二个机关批准并执行这些法律，第三个机关则解释并实施这些法律。若没有后者，宪法的某些明文规定就不可能得到实施。若没有后者，危害合众国的犯罪如何能得到审判与惩罚？两个州之间的诉讼如何得到审判并确定？因此，国会必须将司法权授予某种形式的法院；如果认为这不是国会应遵守的一个义务，而是国会可随意地忽略或者拒绝，就是认为国会可以在宪法的同意之下否决宪法本身。一个会导致这样后果的解释不可能是稳固的。……

如果将司法权力授予司法机关是国会的一个责任，那么，将整个司法权力授予司法机关也就是国会的责任。如果对一部分来说，宪法语言是强制性的，那么对整个部分来说，它也应是强制性的。否则，就会发生这样的反常现象：国会可能成功地拒绝将宪法中列举的任何某种案件的审判权授予司法机关，并因此否决了司法机关对所有案件的管辖权，这是因为宪法没有单独列出任何一类国会须给予优先考虑的案件。

另一个考虑与应被授予司法权的法院有关。很明显，国会必须建立一个最高法院，但是否也同样必须建立下级法院，是一个有点困难的问题。如果国会可以合法地忽略建立下级法院，那么，在宪法列举的某些案件中，司法权就无从着落。……

但是，即使承认宪法的语言不是强制性的，并且国会不将司法权力授予合众国的法院也是合宪的，也不能否认，一旦法院被授予了司法权力，此种权力的行使就可至于宪法允许的最大限度。

这就将我们引导到考虑合众国的上诉管辖权的性质与范围这个重大问题上来。……

既然根据宪法的规定，最高法院的上诉管辖权不受限制，且除了那些本院拥有初始管辖权的案件外，本院可以在所有其他案件中行使上诉管辖权，那么，还有什么理由可以限制本院在宪法列举的案件中对州法院行使这一权力

呢？第三条的规定并未将上诉管辖权限定于任何特定的法院。其规定是这样的："司法权（包括上诉管辖权）适用于所有案件"等等，且"对于前述一切其他案件，最高法院有上诉管辖权。"这样，是因案件而不是因审理法院来决定本院的管辖权问题。……

但很明显，宪法的制定者肯定想到了这一点：当州法院行使它们的一般管辖权的时候，在合众国司法管辖权范围内的案件不但可能而且一定会出现在州法院。考虑到这一点，第六条宣布："本宪法和根据本宪法制定的合众国法律，以及根据合众国的职权缔结或应缔结的条约，应为国家的最高法律，每一州的法官都受本宪法的约束，即使本宪法与任何州的宪法或法律中的任何规定相冲突。"很明显，这个责任对州法官来说是强制性的，不论它是处在私人身份还是正式身份时都是如此。从他们的司法职责的本质来说，他们定会被要求在判决中宣布适用于案件的法律。他们不能仅根据州的法律或者宪法来断案，而且要根据合众国的宪法、法律及条约——"国家的最高法律"来断案。

只要稍加考虑，我们就会发现是必要的且适当的，将该规定适用于那些州法院具有无可争议的管辖权的案件。……试想，对一项罪行在州法院提起指控，而被告在辩护时宣称这项罪行指控是由州的追溯既往的法案造成的，难道州法院在行使它已正当确立的管辖权的过程中，不是必须有权就该辩护的有效性与充分性作出宣告吗？……

因此，我们必须承认，宪法不仅是想要、而且确实试图规定合众国司法权力范围内的案件，而这些案件还是可能会由州法院来判决。人们预见到，在州法院行使它们的一般管辖权的时候，可能会审理那些源自合众国宪法、法律与条约的案件。而根据宪法条文，（合众国）司法权力对所有这些案件适用。而当这些案件的初审管辖权已在州法院合法而排他地确立（这有可能发生——其实确已发生了），（合众国）的司法权就不能通过初审管辖权来管辖这些案件。因此，（合众国）的司法权只能通过上诉管辖权来管辖这些案件，否则就无法管辖这些案件。这样看起来结论就必然是：合众国的司法权，在这些案件中，必须及于州法院，而如果在这些案件中如此，那么就没有任何理由认为合众国的司法权不能及于处在宪法范围内的所有其他案件。……

这样一项权利不能被认为损害了州法官的独立性，这种看法依据颇具争议的基础来断定州法官对合众国绝对独立。在那些授予合众国的权力方面，他们并不是独立的，宪法文字明文规定他们必须服从。而若他们无意间超越了他们的权限，或者曲解了宪法，那么，就没有更多的理由给予他们的判决绝对而不可抗拒的效力，正如我们不能给予州主权中的其他同等部门（coordinate departments）的行为以这样的效力一样。

由可能出现滥用改判权（revising power）的情况而提出的论点，同样也不能让人信服。试图以权力滥用的可能性来反对一个权力的存在或该权力的行使，这一向就是无法让人信服的。……从事物的根本性质来说，绝对的决定权，作为一种最终手段，必须存于某处——不论这种权力被置于何处，滥用都可能发生。在所有有关管辖权的问题中，要么下级法院要么上级法院必须宣布终审判决，而常识，还有法律推理，则将宣布终审判决的权力赋予了后者。……

这并非问题的全部。另一种动机——完全出于对州法院的诚挚尊重，也可能针对州法院判决设置一项上诉管辖权。这个动机就是，对宪法范围内的所有

问题作出的判决在合众国全境内，保持统一的重要性乃至必要性。各州之具有同等学识且同等诚实的法官，可能不同地解释合众国的一项制定法或者条约，甚至是宪法本身。若没有一个拥有改判权的权力组织来控制这些不一致的、相互冲突的判决，并将它们协调成一个统一整体，合众国的法律、条约与宪法在不同的州就会不同，并且或许可能在任何两州中都将没有完全相同的解释、强制力或者效力。……

此外还有一个非常重要的考虑。合众国宪法的目的是为了所有合众国人民共同而平等的利益。司法权力的授予也是为了同样良好而有益的目的。它的行使不仅是为了可能选择联邦法院的原告的利益，而且也是为了保护被告，这些被告应有权在同样的法院中行使他们的权利或者主张他们的特权。然而，如果弗吉尼亚上诉法院主张的解释是正确的，那么结论将必然是，由于原告一直有权选择州法院，被告就可能被剥夺意欲帮助其实现权利的所有宪法保障。这样一种状况，在任何意义上不能被称为是赋予了平等权利。为了避免这样的困难，我们只能求助于国会所享有的这样一种权力：国会有权将案件从州法院移至联邦法院，并且，这一点也是我们试图支持我们正在考察的论点的第二个原因。

这种移交案件的权力（power of removal）无法在宪法的任何明文规定中找到。如果确实赋予了这种权力，那么它只能是作为一个有效行使某个明确权力所必需的权力而隐含于宪法之中。移交案件的权力，如从严格的字面意义来看，当然是不存在的，它预先假定初审权的行使已被置于他处。……那么，如果移交案件的权力属于上诉管辖权之内，这只能是因为它是一种行使上诉管辖权的模式，而由于国会在行使上诉管辖权的特定模式与时间上未被宪法作任何限制，国会就有权决定在审判之后还是在审判之前将案件移交。移交的时间、程序与方式必须完全掌握于国会的立法控制之中。……

如果移交案件的权力只对案件当事人有效，而对州法院却无效，移交案件的救济就完全无法实现宪法的目的。……

总之，本院认为，合众国的上诉管辖权适用于州法院有权管辖的案件，并且《司法法》第25条，授权（本院）在特定案件中通过纠正错误令状（writ of error）来行使该管辖权，亦为宪法的文字与精神所支持。我们在宪法中没有发现限制这种管辖权的任何条款；我们亦不敢提出对该权力进行限制，因为人民未有此意。……

（邓海平译　史大晓校）

4. 柯恩斯诉弗吉尼亚州案（*Cohens v. Virginia*, 6 Wheaton 264［1821］）

斯托利（Story）法官在前面那个案件中的意见是对最高法院的上诉管辖权的一个清晰的宪法与法律分析。但是对法院的主

张的批评持续存在并不断激化。在广泛传播的大量匿名文章中，弗吉尼亚州法官斯宾塞·罗纳（Spencer Roane）激烈地反对司法中央集权（judicial centralism）扩张的危险。1821年的 *Cohens v. Virginia* 案给了最高法院另一个机会来重申它的权力。柯恩斯一家（the Cohens'）因违反该州法律销售彩票被弗吉尼亚州的一个下级法院判决有罪，尽管这些彩票是国会为了支持哥伦比亚特区而批准的。因而被告根据1789年《司法法》的第25条，直接上诉至最高法院。该州又一次坚持认为它在有关州法的案件中的判决是终局性的。约翰·马歇尔未参加 *Martin v. Hunter's Lessee* 一案的审判，因为他本人在争议财产中享有利益。但在柯恩斯案中，首席大法官本人回应了他的弗吉尼亚州同伴的州权（states'-rights）主张。尽管他的判词最终支持了该州法律，马歇尔把这个争议当作一个工具，展开有利于联邦司法至上的宪法与逻辑论辩。马歇尔的传记作者阿尔伯特·贝弗里奇（Albert Beveridge）把这个判词描述为"他所精心构造的纽带中最为强大且影响最为深远的一股，正是这个纽带把美国人民连结成统一而不朽的国家。"

首席大法官马歇尔（Marshall）宣布法院判决如下：

首先要考虑的问题是，本院的管辖权是否因为当事人双方的性质而被排除，当事人的一方为一个州，另一方则是该州的一个公民？

宪法第三条第二款规定了合众国司法权力的范围。联邦法院被授予了两种案件的管辖权。第一类案件中，它们的管辖权取决于案件的性质，而不论案件当事人为谁。此种案件包括"根据本宪法、合众国法律和根据合众国的职权缔结或将要缔结的条约所产生的一切普通法与衡平法（law and equity）案件"。这个条款将本院的管辖权适用于所有规定的案件，未在其条文中规定任何例外，也不考虑当事人的情形。如果存在任何例外的话，那么不言而喻，这种例外一定与该条款的明文规定相冲突。

在第二类案件中，管辖权完全取决于当事人的性质。这类案件包括"两个州或者两个以上州之间的争讼、一州与另一州的公民之间的争讼"，"一州与外国、外国公民或者臣民（subjects）之间的争讼"。如果这些人就是案件当事人，那么争议的主题为何是完全不重要的。不论争议主题为何，这些当事人都有获得联邦法院审判的宪法权利。……

本院的管辖权，因此被宪法文字延及所有根据宪法或者合众国法律所产生的案件。这就必然意味着那些认为任何某类案件不属该管辖权范围的人，必须根据宪法的精神与真实含义来支持他们所主张的例外（exemption），而这个精神与含义必须足够清楚，达到能否定宪法制定者所采用的文字的地步。

复审被告（the defendant in error）的律师已经做了这种努力，并且已经提出了一项一般性主张：一个独立主权州是不可诉的，除非它自己同意。

我们将不会质疑这项一般性主张，但州的同意并非在每个特定案件中都是必需的，需要州的同意只不过是一个一般规则。如果一州已经让渡了它的主权

的任何某一部分，它的诉讼责任是否是已让渡的这部分主权的一部分，则取决于让渡主权的文件。如果对该文件的正当解释表明该州已承认其可被起诉，那么该州就放弃了在每个案件中按照自己主张的正义来裁判的主权权利，并且把该权利委托给它相信将会是公正无私的一个法院。

美利坚各州，如同美利坚人民一样，相信一个紧密而坚固的联盟对他们的自由与幸福是至关重要的。他们从经验中领悟到，若没有一个为整体服务的政府，这个联盟将无法存在。他们还从同样的经验中领悟到，除非独立各州的主权的很大部分被赋予了这个政府，这个政府将有名无实，将使他们所有的希望落空。在这个观念的影响下，在经验的引导下，美利坚人民在他们各自的州的议会上采纳了现行宪法。

如果要怀疑宪法在其本质上对它有权适用的案件来说是否是至上的，只要我们看看下面这个声明，这种怀疑就不攻自破了："本宪法和根据本宪法制定的合众国法律，以及根据合众国的授权缔结或即将缔结的条约，应为国家的最高法律，每一州的法官都受本宪法的约束，即使本宪法与任何州的宪法或法律中的任何规定相冲突。"

这是美利坚人民的命令，并且（如果先生们同意的话）也是美利坚各州的命令。它如此分明地划清了联邦政府与各州政府的性质区别，无任何错误理解之余地。联邦政府，尽管在它的管理对象上是有限的，对于那些对象来说，它就是至高无上的。这个原则是宪法的一部分，不论何人要否认这个命令的必要性，也没有人能否认它的权威性。……

与为这些重大目的而委托给这个最高政府的丰富的权力相联系的，是对州主权的众多的明确而重要的限制，这种限制也是为了同样的目的。联邦政府在战争、和平、商业及其他许多重大问题上的权力本身就是对州主权的限制；但除此之外，州主权在许多情况下也被让渡给了联邦政府。这些被让渡的主权只能为人民的利益而行使，并且，或许在这些情况下，被授予国会的权力只是一种为维护宪法所确立的原则的保护性权力；维护这些原则的纯正性，当然是这个政府的重大职责之一。使这个职责得以稳妥地执行的一个工具就是司法机关。司法机关被授权裁判起因于宪法或者合众国法律的任何种类的案件。在这个一般性授权中，并未规定一州为一方当事人的任何案件为例外。当我们考虑到联邦政府与一州政府间的相互关系，考虑到我们的宪法的性质及各州政府对宪法的服从，考虑到授予司法机关对所有起因于宪法与合众国法律的案件的管辖权的重大目的，我们难道能随意地给这种一般性授权强加一个例外，即一州为一方当事人的案件为例外？宪法的精神是否能为这种操纵其语言的企图提供正当性？我们认为不能。我们认为所有起因于宪法或合众国法律的案件，都可由联邦法院管辖，而不问案件的当事人为谁。……

当时建立司法机关的明确目的之一，就是要裁决州与州之间还有州与个人之间的争议。只要当事人一方是一州，本院就有管辖权。那么，恰恰在完全相符的情况下，又如何能辩称，对于一个被认为已违反了宪法和合众国法律的案件，同样是这部宪法的同一条款还可以被解释成本院对它没有管辖权？宪法给予每一个人对一州提出主张并将他的案件交由联邦法院审理的权利。不论他的主张是如何的微不足道，也不论社会对其判决是如何地漠不关心，我们的宪法制定者都认为，为了正义目的，这是必需的：建立一个超越于各种可能的影响

的法院，使每个人的请求都能够在这个法院中得到裁决。怎么能够想像，同样是这些人（指宪法制定者——译者），会考虑将涉及我们国家的宪法与法律的权威的一个案件（这个案件中的问题是每个美利坚公民都深刻关注的）排除在法院的管辖之外，只因为这个案件的当事人一方是一州？……

弗吉尼亚州所主张的解释所将带来的有害后果，我们也必须予以高度重视。正如有人已经说过的那样，它将使联邦政府及它的法律向联邦内的每个州俯首称臣。而这不正是弗吉尼亚州的主张所可能造成的结果吗？当一个州通过立法程序就能够抵制联邦政府权力的行使的时候，还有什么样的政府权力能够以它自身的手段在这个州中得到行使？联邦法律只能通过各州之中的个人来实施，而如果这些个人要遭受刑罚，同时联邦法院又不能纠正据以执行这些刑罚的判决，联邦政府的事务进程将可能在任何时候被其任何一个成员所左右。这就意味着每个成员都可否决整体的意志（will of the whole）。……

这些冲突可能会发生在没有特别大的动乱的年代。但制定宪法的目的是为了长治久安，是要让宪法与人类制度共生共朽。它的进程就不可能总是平静的。宪法必将遭受狂风暴雨的侵袭，而若它的制定者没能够在宪法的性质所允许的范围内，为宪法提供必要的自保措施以使之免于注定要面临的危险的话，只能说他们实在算不上高明的政治家。没有任何政府会在组织上有如此缺陷，以致未规定它执行自己的法律的手段，这些手段可防御除了那些日常发生的危险之外的风暴。法院是最常用的手段：认为一个政府应倚仗自身的法院而不是其他法院，这是合情合理的。毫无疑问，就宪法制定当时的历史现状而言，没有任何东西能证明下面这种观点能够成立，即认为对各州的信任可以达到默示允许它们和它们的法院通过法律的形式抵制联邦政府合法措施的程度。当时的邦联下的国会的请求令（requisitions），与当今的国会颁布的法律一样是有宪法强制力的，而这些请求令通常都被漠视，这是一个臭名昭著的事实。在这个事实的教育下，也是在这个事实带来的巨大压力下，当时召开了制宪大会以改变这种制度。他们理应赋予司法机关在每一个案件中解释宪法及合众国法律的最终权力，赋予它们尽其所能地保护宪法及合众国法律免于来自各方的侵犯的权力，而难道这些安排都是不可能实现的吗？难道这种不可能性将从根本上撼动整个新制度的构建？我们被告知，我们被明白无误地告知，赋予目前这个制度效率的重大变革在于这个制度可以直接作用于个人，而不是借助于各州政府间接作用于个人。但是，从理性与合理政策角度来说，这个直接作用于个人的能力难道不应当直接被用来保护那些执行法律的个人，同时也保护他们免受压迫？既然你的法律在没有任何其他权力的辅助下延伸至个人，难道这些法律不应当保护这些个人，使他们在执行法律过程中的履行职责的行为免受惩罚？……

不论何时，当对既存制度的反对变得普遍时，这种反对也将是不可抗拒的，这是千真万确的。人民创制了宪法，人民也可以废除宪法。宪法生于他们的意志，亦只能依凭他们的意志而生存。但是，这种创制或者废除宪法的不可抗拒的无上权力只能属于整个人民，而不能属于人民中的任何一部分。人民中的任何部分要行使这个权力的企图就是篡权，那些得到人民委托的人必须挫败这种企图。

因而，政府不能在违背公意的情况下维持自身，以及政府不能以武力或其

他方式来控制整个国家这些人所共识的观念，并不意味着在宪法上政府不能反对国家中违背公意的某一部分人，并维护自身的统治……

确实，如果所有州或者多数州拒绝选举参议员，联邦的立法权就将陷于瘫痪，但是如果只是任何一州拒绝选举参议员，参议院不会因这个缘故而丝毫减少履行其全部功能的能力。这似乎更证明了各州对整个联邦的从属性，而不是任何一州的完全独立性。宪法的创制者确实不能制定任何这样的条文，这种条文能够在所有各州或者人民联合一起要求摧毁宪法的情况下还保护宪法，并且，正是由于意识到这种不能，他们才没有试图这样做。但是他们能够作出规定以阻止任何一州所采取的措施的生效，如果这种措施倾向于阻碍法律的执行的话，而做出这样的规定是再明智不过了，我们亦认为宪法的创制者确实意图这样做。

还有人急切地提出了反对本院的管辖权的另一个理由，即：一州与它自己的公民之间的案件，不属于宪法的一般范围，因此，很明显从未有人打算把这些案件置于联邦法院的审理之下。州法院在本州或者本州公民与外国人或另一州的公民之间的案件上可能会有所偏私，但是不会在一州与该州自己的公民之间的案件上如此。前一种案件中可能存在的嫉妒，不可能在最后一种案件中发生，因此（联邦）司法权不能及于最后一种案件。就管辖权取决于诉讼各方的性质这一点来说，这确实是正确的，并且如果要用这种理由来证明本院不能把一个公民的要求加在该公民所属的州之上，也将是极有说服力的。但是，如果要用其来证明本院不能考查美利坚合众国的宪法或法律是否规定了要保护公民使之免于一州对他的控告的话，这种理由就不那么有说服力了。如果管辖权完全取决于诉讼各方的性质，并且在各方都没有在法院提出诉讼的初始权利的情况下就不该给予管辖权，那么，宪法第三条第二款中规定"联邦司法权及于所有起因于美利坚合众国宪法与法律的案件"的那部分规定就完全是多余的。而之所以要在该条款中加入部分重要规定就是要给予（联邦法院）对那种不能凭诉讼各方性质确立管辖权的案件以管辖权。或许确实如此，即在一州与该州公民之间的普通争议中，并没有必要担心州法院会有所偏私，因此联邦的司法权也就没有延伸至这类案件之上。但是防范州法院可能存在的偏私并不是创立联邦法院的惟一目的，也不是创立联邦法院的最大目的。创建联邦法院的一个更加重要也是更加引人关注的目的是：使美利坚合众国宪法与法律得到司法机关尽可能的维护。因此，联邦法院的管辖范围被明确地规定为及于所有起因于美利坚合众国宪法与法律的案件。如果一州制定的追诉该州公民的程序违反了联邦宪法或者法律，并且此种违反将从本质上影响联邦宪法与法律，比如阻碍政府在其合乎宪法的道路上的发展，又为什么要将这类案件排除出明确规定的"联邦司法权及于所有起因于联邦宪法与法律的案件"的范围呢？……

那么，当联邦宪法宣布在那些一州为一方当事人的案件中联邦法院具有初审管辖权，而在起因于联邦宪法或者法律的案件中联邦法院具有上诉管辖权时，我们就可以当然地推断出，宪法创制者的目的就是要将那些因一州是诉讼一方而使联邦法院有管辖权的案件归入到第一类案件中，而将那些因起因于联邦宪法或者法律而使联邦法院有管辖权的案件归入到第二类案件中。

如果考虑其他因素，做出这个合理解释就是必然的了。

一个案件是否涉及美利坚合众国宪法或者法律，可能会在这个案件的诉讼

进程中逐渐显现出来，而这样的一个案件，若不是出现上述情况，联邦法院就没有管辖权，因而不能在最高法院就这些案件提起一审诉讼。在这样的一个案件中，联邦法院只能以上诉形式行使管辖权。要否认联邦法院这种形式的管辖权，就是否认联邦法院的管辖权本身，就等于解释说要分割最高法院的权力，而这种分割在相当程度上已无异于否认最高法院的权力本身。所有人都一定会认为，只有在绝对必要的情况下，这样一种解释才是正当的。而我们并不认为我们正在考查的那个条款展示了这种必要性。……

联邦宪法宣布，在州为诉讼一方的案件中，联邦最高法院应当享有初审管辖权。但联邦宪法并没有说在那些据其性质应当给予联邦最高法院上诉管辖权的案件中，不论州是否为诉讼一方，联邦最高法院不能行使其上诉管辖权。我们应当承认，若案件性质容许由联邦最高法院初审的话，它就应当由联邦最高法院初审，但当根据案件性质，不能由联邦最高法院初审的话，我们就不能将宪法的规定解释成要求这个案件由联邦最高法院初审。诉讼一方有权在本院提起诉讼或者应诉的许多案件中，如果要固守本院不能行使上诉管辖权这种解释，将是非常困难的，也是对联邦宪法精神的破坏。……

本院不能在它不该行使管辖权的地方行使管辖权，这是非常正确的，但是，同样非常正确的是，本院不能在它应该行使管辖权的地方不行使这种权力。司法机关不能像立法机关那样，因为一个措施涉及宪法的范围问题就避而不作出决定。我们不能因为对它有疑问就忽略它，不论有什么疑问，也不论有什么困难，只要一个案件被提交给我们来处理，我们就必须处理它，并作出判决。我们无权拒绝受理应当由我们管辖的案件，就像我们无权受理我们不应由我们管辖的案件一样。肯定有一些问题是我们非常愿意回避的，但我们根本无法回避它们。我们所能做的一切就是，作出最好的判决，并竭尽全力地履行我们的职责。在我们采取相同的态度处理当前这个案件的过程中，我们发现本院对起因于美利坚合众国宪法与法律的所有案件都享有上诉管辖权。我们发现宪法的这种授权没有例外，因此我们不能强加任何例外。……

这样一来，本院的意见是，被告为重新审查一个州法院对之作出的不利判决是否与美利坚合众国宪法或法律相抵触，而将该判决诉诸本院，这并不构成一个针对该州提起的诉讼，而不论该州的意见到底为何（其颁发的令状的效果可能是让诉讼当事人重新占有它所要求的东西）。……

对本院的管辖权的第二个反对意见是，在任何案件中，本院都不能对一个州法院的判决行使上诉管辖权。

这个反对意见主要得到这些主张的支持，即所谓的各州司法机关完全独立于联邦司法机关并且它们之间完全相互独立。这种论点认为联邦司法机关与州司法机关毫不相关，并且，在任何意义上，联邦司法机关都如同一个外国的法院，与州司法机关没有任何联系。如果这种假设是正当的，那么建立在这种假设之上的论点就同样是正确的，但如果这种假设不为联邦宪法支持，这种论点就会与之一起破产。……

美利坚合众国为许多最重要的目的而结成了一个国家，还没有任何人否认这一点。在战争之中，我们是一个（统一的）民族。在构筑和平之时，我们也是一个（统一的）民族。在所有的商业管理中，我们也是同一个统一的民族。在其他许多方面，美利坚人民是统一的。而能够在所有这些方面单独有能力控制与管

理他们利益的政府，就是联邦政府。它是他们的政府，而他们也没有任何这种性质的其他政府。在许多方面，并为许多目的，美利坚已经选择了结成一个国家。而对所有这些目的来说，它的政府是完整的，对所有这些目标来说，它的政府都是合格的（competent）。人民已经宣布，在为这些目标而授予联邦政府的所有权力的行使过程中，联邦政府是至高无上的。因此，联邦政府可以在实现这些目标的过程中，合法地控制在美利坚领土内的所有个人或者政府。一州的宪法与法律，只要它们与美利坚合众国宪法与法律不一致，就是绝对无效的。这些州是美利坚合众国的组成部分。它们是一个伟大帝国的成员——在某些目的上，它们是至高无上的，而在某些目的上，它们处于从属地位。

如果一个政府是这样组成的，难道司法机关有资格赋予立法机关的合宪的法律（constitutional laws）以效力，有什么不合理吗？司法机关可以决定一州的宪法或法律的有效性，如果它与美利坚合众国的宪法或者某个法律不一致的话。难道它应当同样有权决定州法院执行这种违宪法律作出的某个判决是否有效，又有什么不合理吗？难道提供一种正当理由来检验联邦宪法中的文字也是如此的非常不合理吗？

我们并不这样认为。我们认为，在一个公认为至高无上的政府中，就对这个国家来说有重大利益的目标而言，让这个政府的所有部门都至高无上的做法，并没有什么不合理，也没有什么不符合整个政府的性质，只要这种至上性限于这些目标并为实现这些目标所必需。对那些可能与美利坚合众国宪法或法律抵触的州法院作出的判决行使上诉管辖权，我们认为，对于那些目标的实现来说是必需的。

将联邦宪法以及依其制定的联邦法律的解释权委托给联邦司法机关，就目前来看，我们相信还没有人就此提出质疑。在这样的案件中，联邦法院要么应当享有排他的管辖权，要么就应当有权修正州法院在这些案件中作出的判决，这仿佛就是前述那个政治公理的自然推论。如果联邦与州法院在起因于美利坚合众国宪法、法律与条约的所有案件中享有共同管辖权（concurrent jurisdiction），如果这种案件被诉诸州法院且在判决之前不能被移交，在判决之后亦不能被修正，那么，美利坚合众国宪法、法律与条约的解释就不应当是被特别授予了联邦司法机关，而是被平等地授予了联邦司法机关与州法院，而不论州法院是如何组成的。"十三个独立法院"，一个著名的政治家这样说道（现在这样的法院超过二十个），"都对起因于相同法律的相同案件享有最终管辖权，这种安排就是政府中的九头怪蛇，除了制造矛盾与混乱之外，它不能产生任何东西"。

抛开这种令人不快的说法——即任何不够光明正大或者根本不应有的动机可能会不断影响一州或者它的法院——不谈，统一并正确解释美利坚合众国宪法与法律的需要本身就能表明，将所有涉及联邦宪法与法律的案件的最终裁决权授予某一个法院的适宜性。

这样，联邦政府与各州政府之间的政治关系，就不能阻碍我们按照联邦宪法的本意来解释联邦宪法，按照司法权的真实含义来阐释司法权。我们没有必要按照比联邦宪法与法律的本意还更严格的程度来解释联邦宪法和法律。……

（邓海平译　史大晓校）

（三）默示权力与联邦制

5. 麦卡洛克诉马里兰州案（*McCulloch v. Maryland*, 4 Wheaton 316 [1819]）

在麦卡洛克诉马里兰州案中，马歇尔对于宪法的从宽解释、联邦政府权力以及联邦政府相对于各州的优先地位做出了影响最为深远的贡献。该案关系合众国第二银行的合宪性及各州对联邦政府所设机构的征税权问题。在合众国成立后最初半个世纪中，政府组建中央银行的主张一直是个颇具争议的政治问题。由于宪法上的争论，该银行真正的经济和社会意义模糊不清。自1792年杰佛逊内阁反对创建该银行以来，反对派一直主张，宪法从未规定可以设立这样一个组织。对此，汉密尔顿反驳说，该银行的合宪性在于国会所享有的隐含和派生权力（implied and resultant powers）。1819年，马歇尔重申该观点并将之纳入宪法。而对于第二个问题的阐释，即各州的征税权问题，则主要是马歇尔的贡献。

首席大法官马歇尔（Marshall）宣读法院判决如下：

在本案中，第一个问题是，国会是否有权组建银行？确实如人所言，从国家先前有关该问题的记录来看，可以公允的说，这已不是一个未决问题（open question）。现在所争论的原则在我们历史的早期已被提出，并被其后的许多立法承认，且在一些颇具微妙性的案件中被司法部门作为具有无可置疑约束力的法律而遵循……

在该问题的辩论过程中，马里兰州的律师认为，解释宪法时，重要的是认识到这一法律文件（宪法）源于拥有主权的独立各州而非源于人民。联邦政府的权力被认为是经由本身即拥有主权的各州授权而来，其行使必须服从于这些拥有最高统治权的州。这一观点很难成立。制宪会议确是由各州立法机构选派代表组成的，但是，当各州立法机关提出这一法律文件（宪法）时，它还仅仅是提案，既不具有约束力，也不能产生任何基于它的权利主张。这一提案，被呈报给当时的合众国国会，同时被要求将其“提交给一个由各州人民在其本州立法机关推荐下，自行选举产生的代表所组成的制宪会议，以获得他们的同意和批准”。被采纳的是这种程序模式：经由制宪会议，国会和各州立法机关，这一法律文件实际最终交给人民决定。人民采取处理这一问题的惟一稳妥、有效且明智的方式，即召开制宪会议。的确，他们是在各州中召集制宪会议，但除此之外，他们又能在什么地方集会呢？还不曾有任何一个政治幻想家狂妄到试图打破各州的分界，将全合众国人民汇聚成一个共同的群体。因此，一旦他

们有所行动，他们将在各州内进行。但是他们通过并采取的手段并不因此不再是人民自己的手段，或因此成为州政府的手段。

美国宪法的权威即源于这些制宪会议。政府直接来自人民；以人民的名义"规定并建立"，并且宣称其建立目的是"为了成立更为完善的联盟，树立正义，维护国内安宁，保护他们及其后代之自由福祉"。在各州主权能力范围内，州的同意已暗含于他们召集制宪会议，并将该法律文件提交给人民这一行动中。而接受抑或是拒绝，人民有完全的决定自由，他们的行为是终局的，决定性的。这一法律文件无须州政府的确认，州政府也不能否决。一旦这样被通过，宪法就具有完全的拘束力，并限制主权各州。……

那么，联邦政府（无论这一事实会在本案中产生什么影响）显然是人民的政府。不论在形式上还是实质上，联邦政府都是产生于人民，其权力由人民授予，直接对人民行使，并且是为了人民的利益而行使。

联邦政府拥有有限列举的权力，这一点已被公认。联邦政府只能行使被授予的权力，这一原则是显而易见的，已无需论证来予以强调和支持（而当该原则还要由人民来决定时，一些英明的人士认为需要竭力主张）。现在这一原则已得到广泛认同。但是，授权的确切范围一直存在争议，并且只要我们这一体制存在，该问题将不断涌现。讨论这一问题时，必须考虑联邦和州的权力冲突情况，而且必须解决它们各自的法律在互相抵触时的优先地位问题。

如果有一种命题能够博得人们的普遍认可，我们想它将是这样：联邦政府——尽管其权力受到限制——在其权力行使范围内是至高无上的。这似乎是联邦政府性质的必然结果。它是全体人民的政府，它的权力由人民授予，它代表全体人民，并为他们的利益而运作。尽管每个州或许都希望控制联邦政府的行动，却没有哪个州愿意其他的州控制联邦政府的运作。就其权力范围内的事项，国家势必需要约束其组成部分。这不仅仅是一个推理问题，合众国人民曾经以明确的用语宣布："本宪法以及据此制定的法律""是国家的最高法律"，并且要求州立法机关成员、行政官员以及司法部门官员宣誓效忠于宪法。因此，尽管合众国政府的权力是有限的，却又是至高无上的。它依据宪法制定的法律是国家的最高法律，"即使各州宪法或法律有与之相反的内容。"在宪法列举的权力中，我们并没有发现有关组建银行或公司的权力。但是，在这一法律文件（宪法）中并没有任何词语，同邦联条例一样，排除附属权力或默示权力存在的可能，并且也没有任何语句要求对所有授权事项都必须加以明文、细致的表述。甚至宪法第十条修正案也将"明文地"此类字眼略去不用（这一修正案本身的目的即是平息各州由于对联邦政府权力的恐惧和怀疑而引发的争议），而是仅宣布"没有授予联邦政府且未禁止各州享有的权力保留给各州及其人民"。这样就留下了一个可能成为争论焦点的问题，即某一权力是否已被授予某一政府或禁止另一政府行使，而这一问题的解决则有待于对整部宪法文件的合理解释。起草和通过这一修正案的人们已经历了邦联条例中使用"明文地"一词所造成的尴尬局面，或许正是为了避免再次陷于这种境地，他们将该词略去不用。如果一部宪法将它规定的重大权力的所有组成部分的全部细节以及行使权力的全部手段都囊括在内，它会如同一部普通的法典，冗长而啰嗦，而且恐怕不会被人们所接受。或许人们将永远无法理解这样一部宪法。因此，宪法的性质要求它是纲要性的，仅指出其重要目标，至于这些目标的具体细微构

成，则由这些目标本身的性质演绎而来。制宪者正是此意，这点不仅能从宪法的性质而且也能从其行文用语推得。否则，为何宪法在第一条第九款又专门对联邦权力进行了限制呢？而且，这种观点在一定程度上为这样一个事实所证明，即制宪者避免使用那些可能有碍于宪法得到公平合理解释的限制性用语。因此，在考虑这一问题时，我们永远不要忘记，我们正在阐释的是一部宪法。

尽管在宪法所列举的联邦政府权力中，我们没有发现诸如“银行”或“公司”此类用语，我们却发现了这些重要权力：征税、借款、规制商业活动、宣战及从事战争、招募陆军、设立海军并提供军需等等。兵权与财权，所有的对外关系及全国工商业的相当可观的部分均被托付于政府。我们绝不能认为由这些重大权力而推出一些重要性较小的权力仅仅因为后者是次要的，这样的观点永远不可被接受。然而，一个政府被赋予如此广泛的权力，国家的幸福及繁荣昌盛又如此紧密地维系于这些权力的合理行使，那么，认为这个政府必须被相应地赋予行使这些权力的大量手段和方式，则是颇有道理的。权力已被授予，为其行使提供便利，这是国家利益所在。禁止选用最为适当的行使手段并以此阻碍权力行使，使之陷入窘境，这决不符合人民的利益，更不能被认为是他们的初衷。从圣·库拉哥到墨西哥湾，从大西洋到太平洋，在如此广袤的共和国内，进行财政收支，调动军队并提供军需，在国家迫切需要时，可能还要将在北方筹集的财物输送到南方，把东部筹集的财物输送到西部，或是相反。难道那种使得这些行为更为困难、耗资更巨大而愈加难以实现的宪法解释是人们乐于接受的吗？难道我们可以认可这样一种解释（除非宪法以不容商议的用语如此要求），宪法的制定者为了公共利益授予了一些权力，却又禁止选择手段，以此来阻碍权力的行使？如果这确是宪法的明确指示，我们只有遵从，但宪法并未宣布对它所授予权力的行使手段进行列举，也没有禁止组建一个公司，如果其存在对于权力的有益行使是必需的，那么，作为合理探讨主题的是，在多大程度可以运用这些手段。

无可否认，赋予政府的权力中同时涵括了通常的行使方式。例如，人们一般认为筹集资金并为了国家目的而使用资金的权力同时隐含了在国家紧急需要时，将财物从一地转移至别一地的权力，以及采取通常转移方式的权力。可是，政府选择执行手段的权力却遭到否认；或者说，在设立一个公司成为运用最适当手段之必要时，政府却被认为不可以如此行事。

有权力为一定行为、亦有责任为一定行为的政府必须被容许在理性的指引下选择适宜的手段。一些人认为政府无权自行选择适宜手段，或者认为已排除某种实现目标的特定方式，他们承担证明这一例外成立的责任。

组建公司的权力从属于主权权力，这已被公认。但是，它属于主权的哪一部分？它是否属于一部分而不属于另一部分呢？在合众国，主权在联邦和州政府之间进行分割，由他们分别拥有，他们对于各自被授权事项是至高无上的，对于赋权于对方的事项则不是至高无上的。我们无法理解这样一种推理，它认为人民赋予的权力的范围应该由授权时间而非授权的性质和条件来确定。一些州的宪法先于联邦宪法制定，而另一些则制定于其后。我们无法相信，他们彼此间的关系竟然在某种程度上取决于这一事实。在我们看来，各州宪法应被视作同时制定，拥有同等权力。如果各州宪法同时制定，人民通过宪法授予联邦政府权力、又将所有剩余权力保留给各州，是否还可以断言，尽管联邦的相关

立法被宣布为至高无上的，联邦政府对于委托给它的事项却不拥有最高主权？如果不能这样说，我们也就无法很好的理解这一推理，即坚持认为一个从属于主权的权力无法与赋予政府的众多权力结合起来，尽管被用来服务于政府的合法目的。虽然组建公司的权力属于主权权力，但并不是象从事战争、征税或管理商业这样具有实质性和独立性的重大权力。后者不能被视作是从属于其他权力或是用以服务于其他权力的方式和手段。但是，创建公司的权力永远不会作为其他权力的行使目的，而是为实现其他目的而采取的行为方式。正如不是以建立公司为目的进行慈善捐款，而是为了从事慈善事业而组建一个公司；没有哪个学院的创立仅仅是为了被组建为一个法人实体，而是为了通过其赋予法人资格来更好地服务于教育目的；未曾有一个城市是为了创建而创建，而是为治理提供一种更佳方式。组建公司的权力亦非为行使而行使，而是为了实现其他目标。因此，如果创建公司是行使宪法明确赋予权力的一种直接方式，则没有充分理由不将之视作附属于这些权力。

但是，联邦宪法并未将国会在行使被授予权力时采取必要手段的权利留待一般推理。除了对权力进行列举，宪法又补充如下："为了执行上述权力，以及本宪法授予联邦政府或其他任何部门的权力，可以制定一切必要而适当的法律。"马里兰州的律师提出各种抗辩，试图证明这一条款尽管字面上是一授权条款，实际并非如此，而是对自由选择执行手段一般权利进行限制，否则这一权利有可能被视为隐含权利……

但是，这一被甚为倚重的论点源于该条款的特殊用语。此条款没有授权国会制定一切与联邦政府被授予权力相关的法律，而是仅可以制定那些对于权力行使是"必要而适当"的法律。"必要"一词被认为是支配整个句子，为行使被授予权力而制定法律的权利被限定于这样一个范围内：制定那些对于行使被授予权力必不可少的、否则该授权将会毫无意义的法律。这样，就排除了选择手段的权利，使得国会在任何情况下都只能使用最为直接和简单的方式。

这是不是"必要"一词通常所表达的意思呢？它是否总是意味着一种绝对的，实然的必要的呢？这种必要是如此之强烈，以至于当我们称一事物为另一事物之必要时，失去前者后者则无法存在？我们认为并非如此。考察它的用法可以发现，无论就世间一般事物之常理而言，还是在知名的作者那里，它仅仅意味着一事物对于另一事物是便利的，或者有用的，抑或是重要的。使用达到一个目的必要手段通常被理解为运用任何有望达到这一目标的手段，而不是仅限于那些独一无二的、对于实现该目的不可或缺的手段。这就是人类语言的特点，不曾有任何一个词语在所有情形下总是表达一个单一、特定的意义，没有什么比使用一个词的喻意更为司空见惯的了。几乎在所有的文章中都有一些词，从严格意义上讲表示的是一种不同于作者明显意图表达的含义。因此，对于含有极端意义的词语，取其较为温和的，在通常用语中被认为合理的意义来理解，这对于一种公正合理解释至关重要。"必要"一词即为此种情形。它本身并不具有一种专属的固定不变的含义。它能用于各种程度的比较对照，而且可与其他词语并用，以增强或减弱该词给人们带来的紧迫感受。某事物可能是必要、十分必要、绝对必要或是断然不可或缺之必要。这几种不同词语对任何人而言都不可能表述相同的含义……所以，与其他词语一样，该词亦被用于表达多种意义。在对它进行解释时，所面对的主题、情境及遣词者之意图均应予

以考虑。

这也是我们在本案中所要做的。就本案而言，其主题是国家福祉所必须依赖的重大权力的行使。在人类审慎所能容许的最大限度内，保障这些权力的有益行使必定是授权者的意图。假如将可以选择的手段限于如此狭隘的范围之内，以至于不给国会留下任何权力以选择有益于目的实现的适当手段，保证权力有益行使这一目标将难以达到。该条款被规定于宪法之中，这部宪法旨在传诸永世，并因此需能够应付人类事务中各种紧急情况。在宪法之中，对将来任何时候政府可以采用的所有权力行使手段进行详尽无遗的规定，会彻底改变这部法律的性质，使之更具一部法典的特征。试图以不变的规范去应付那些即使事前可以预见也极不明确的突发事件是极不明智的做法。这类事件只有当其发生时，才能寻得最好解决办法。最好的手段被宣布为不能采用，而仅仅可以运用一些使被授予权力不至于变得毫无意义的手段，无异于意图剥夺立法机关利用经验和运用理性使其立法活动适应需要的能力。

对该条款进行最为细致和最为慎重考虑的结果表明，如果该条款没有扩充国会的权力，至少它不能被理解为限制了国会的权力，或者有损于立法机构运用其良好判断能力和选择恰当手段执行宪法授予联邦政府的权力。假若不能指出规定该条款的其他动机，则充分的动机存在于这样一种愿望中，即消除对于就宪法所必须涵括的大量附属权力立法这一权力的疑虑。否则，宪法将成为华而不实的摆设。

我们承认，正如所有的人都承认，政府拥有的权力是有限的，这一限制不应被逾越。但是，我们认为，对宪法的合理解释必须容许国家立法机构对宪法所授予权力的行使方法，享有斟酌裁量之权，以使政府能够以对人民最为有利之方式，履行宪法所赋予的神圣职责。只要目标合法，是在宪法范围之内，则所有适当的、显然合乎该目的而未被禁止的、与宪法条文和精神一致的手段，都是合乎宪法的。……

如果像马里兰州那样解释，该条款将会削减，甚至几近取消立法机构选择手段这一必要且有益的权利。我们认为，该条款之意图绝非如此驳斥该解释是显而易见的，如果它还没有遭到反驳，如果设立公司可以同其他方法一样被用来执行政府权力，就没有什么特殊的理由能够排斥基于政府财政需要而成立银行。如果对于行使政府权力是一种适当的方式，成立一个银行就应在国会的自由裁量范围之内。设立银行是政府财政运作的一种便利、有效的基本手段，对此，现在已不存在争议。

但是，即使设立银行的必要性不那么明显也没有人能够否认它是一种适当的手段。这样，就像刚才我们对必要性所做的探讨，在这里就无须就其必要性进行考察和裁定。如果国会行使权力时采取了被宪法禁止的手段，或是以行使权力为名，通过制定法律谋求并未委托于它的事项，如果有这样一个案件，法院需要作出判决，宣布该法案不能成为合众国的法律，这对本院是一项沉重的任务。但是，若该法律并未被禁止，而的确是基于完成交付给政府的任务这一目的，则对设立银行的必要性进行司法考察将会超越司法权限，侵犯立法权。本院拒绝所有对这样一种权力的主张。……

经过最为审慎细致的考虑，本院形成一致的最终意见：组建银行的法案是符合宪法的，并构成国家最高法律的组成部分。

本院认为组建银行的法律是合宪的，该银行可以适当自主行使权力在马里兰州建立分支机构。我们还会继续探讨。……

马里兰州能否做到对该分支机构征税而又不违背宪法？征税权是一项由各州保留的重要权力，并不因为宪法授予联邦政府类似权力，州政府此项权力而被削减。联邦和州同时分别行使此项权力：无人否认以上事实。但是，宪法具有一项公认的至高无上的特性，它可以使权力对某一事物失效，即使是征税权。宪法明文规定，除非是对执行其商检法有绝对必要，各州不得对进出口征税。如果承认这一禁止的约束力——即它可以阻止各州对进出口行使征税权，则各州行使此项权力时，若其性质与联邦宪法性法律不容或相悖，宪法这一至高无上的特性将当然会对该权力进行限制。一部法律与另一部法律截然相悖，这就意味着撤销了另一部法律，恰似使用了明确表达“撤销”的用语一般。

基于以上原因，银行辩护律师主张排除（马里兰）州对其营业的征税权。尽管没有关于该案件的明文规定，这一主张却有一个宪法原则的支持。这一原则深深渗透于宪法之中，并且与宪法的组成部分相糅和，与其网络相交织，与其构造相混融，以致如果不将宪法彻底打碎，则无法把这一原则分离出来。这一重要原则就是，联邦宪法以及为实施联邦宪法而制定的法律，具有至高无上之权威，它们控制着各州宪法和法律，但其本身不能被各州宪法和法律所控制。从这一几乎被视作公理的原则出发必然可以得出其他一些命题。本案的诉讼根据取决于这些命题的正误及其在本案中的应用。这些规定是：第一，创制的权力同时默示着维护的权力；第二，由他人掌握的否决权力与创制及维护权互相对立，无法共存；第三，一旦这种抵触存在，具有最高权威者必须控制而非俯首听命于效力地位较低者。……

下面要讲的是，国会有权创建银行并维持它的存在，而且这一权力不再受到质疑。显然不可否认的是，各州通过对该银行行使征税权可以对其产生破坏作用。但是，征税权被一些人视作一种绝对权力，如同其他种类的主权权力一样，执行者拥有裁量权。除非宪法有明文规定，否则不能对该权力加以任何限制……

马里兰州的抗辩并不是各州可以直接抵制国会的法律，而是认为各州可以针对国会立法行使他们已被公认的权力，宪法基于对权力不会被滥用的信任授予了各州此项权利。……

不能否认的是：征税的权力同时包含了破坏的权力，而这一破坏权力将使得创制权变得空泛而毫无意义。一方面授权一个政府可以对另一个政府采取的宪法性手段加以控制，而同时又宣称就这些手段而言，后者地位优先于主控者，这显然是自相矛盾的。但是，所有的不一致却被“信任”这一富有魔力的字眼所化解。据称，征税权并不会当然、无可避免地带来破坏。过度行使征税权而导致破坏，这是一种权力的滥用。这种滥用将使对于所有政府都甚为重要的信任荡然无存。但是，这确是一个关于信任的案件吗？会有哪个州的人民愿意将控制其州政府最重要事务的权力委托给另一州的人民呢？我们知道，他们不会这样做。那么我们凭什么假定，一州的人民会希望授权另一州人民去控制一个他们已托付出最重要最宝贵利益的政府？只有联邦立法机关代表着全体人民，因此，基于权力不会被滥用的确信，全体人民仅授权国会可以对关系全体利益的权力执行手段加以控制。所以，这并非一个如马里兰州所言的信任案件，我们必须从其实质出发加以考虑。

如果我们将马里兰州所主张的原则适用于宪法，通常会发现它能够完全改变该法律文件的性质。我们会发现它将剥夺联邦政府可以采取的所有手段，从而使联邦政府听命于各州。美国人民曾经宣布，他们的宪法及据此制定的法律是至高无上的，而马里兰州的原则将导致州权至上。如果各州可以对联邦政府行使权力的一项工具征税，他们就可以对邮政征税，可以对造币厂征税，可以对专利权征税，他们还可以对海关文书征税，可以对司法程序征税，可以对联政府所运用的一切手段征税；以致使得联邦政府的任何目标都不能实现。这并不符合美国人民的意愿，他们并未打算让他们的联邦政府依附于各州。……

事实上，这是一个至高性的问题（a question of supremacy）。如果承认各州有权对联邦政府运用的手段征税，则宣告宪法和据之制定的法律的至高无上将不过是空泛而毫无意义的声明。

有人坚持认为，既然承认联邦和州政府的征税权并行不悖，则支持联邦政府可以对各州特许经营的银行征税的论点，可同时用来支持各州对联邦许可经营的银行的征税权。但是，这两种情况不能相提并论，所有州的人民创建了联邦政府，并授予它一般征税权（general power of taxation）。每个州的人民及各州在国会中都有代表，并且通过他们的代表行使其权力。各州对经州特许成立的机构征税是在向其组成分子征税，这些税收必须是统一的。但是，当一州对联邦政府的活动征税时，它针对的就不再是其组成分子所创设的机构，而是它自己无权控制的全体人民创建的机构。它针对的是由他们自身（本州人民）和他人（他州人民）共同创建的政府基于共同利益而运用的手段。区别存在于且必须存在于整体对部分和部分对整体的行为之间——区别存在于且必须存在于一个政府所制定的、具有最高效力的法律和另一政府制定的、一旦与前者抵触则不具最高效力的法律之间。

本院就这个问题做了极为审慎的考虑。最后本院确信，州无权以征税或其他形式去阻止、防碍、束缚，或以任何其他方式控制国会为行使赋予联邦政府的权力而制定的宪法性法律的实施。这是宪法所宣称的最高效力的必然结论。我们一致认为，马里兰州立法机关制定的对联邦银行征税的法律违宪，且因此是无效的。……

（魏双娟译　张鸿雁校）

6. 巴伦诉巴尔的摩（*Barron v. Baltimore*, 7 Peters 243 [1833]）

马歇尔的推崇者极少提及巴伦诉巴尔的摩一案。该案中，马歇尔认为宪法前八条修正案针对的是联邦政府的权力，不能被用来限制州的行动。鉴于马歇尔对联邦权力一贯所持的扩张主义立场，这一观点实在是令人费解。需要注意的是，到1833年，马歇尔最为亲密的同事大部分已经去世，他已无力团结联邦最高法院的意见。该案系对巴尔的摩市（马里兰州一港埠）提起的诉讼。原告要求巴尔

的摩市赔偿因其立法法令对原告码头财产造成的损失。

首席大法官马歇尔（Marshall）宣读法院判决如下：

本院无权管辖根据州法院发出的“错误令状”作出的司法判决，除非能够证明它是在《司法法》第25条有关规定的范围之内。

原告错误的认为，这一诉讼符合宪法第五修正案的规定。该修正案禁止在不进行公平补偿的情况下，为公共用途征用私人财产。他坚持认为，这一保障公民自由的修正案应该被解释为不仅限制联邦立法权力，同时还限制州立法权力。如果原告这些见解并不正确，则本院对此案不能行使管辖权。

我们认为，由此所提出的问题十分重要，但其解决却并不困难。

为了他们自己，为了他们的联邦政府而不是为了各个州的政府，美国人民决定并成功地制定了联邦宪法。同时，各州均制定了自己的宪法，并且依照自己的判断在这些宪法中对州政府的权力进行了限定与限制。美国人民为合众国建立了在他们看来最适合其处境并能最好地促进其利益的政府，由这个政府独立行使人民授予的权力。而且，我们认为，对权力的限制如果是以一般概括性用语作出的，这些限制就自然且必须适用于由宪法缔造的政府。这是宪法对于它本身授予权力的限制，而不是对那些由不同人基于不同目标而建立的不同政府拥有的权力进行限制。

如果上述观点正确，我们必须就将宪法第五修正案理解为对联邦政府权力的限制，不适用于各州。各州已经依其智慧在自己的宪法中对本州政府的权力进行了限制；在他们看来，这些限制最适合自己。这是一个由各州不受干扰自主决定的事项，他州若不是有共同利益，不能横加干涉。

假如有哪个（或几个）州的人民要求修改他们自己的宪法，假如他们要求进一步的保障，以使其自由免受各自政府令人不安的侵害，救济方法在他们自己手中，他们可以自主行使。对本州宪法不满的州可以召开大会，各州自己即可完成本州人民要求的宪法修正和改进。没有人会想到运用如此难以操作和如此累赘的机制——由国会两院三分之二的议员提议，并须获得四分之三的州批准（联邦宪法修改程序）——去完成各州自己就可以解决的问题。如果将这些限制适用于州政府的权力是宪法修正案制定者的原意，他们就会像宪法最初的制定者那样，把这种意图明文表达。如果国会曾经从事了这一份外工作，即为人民提供额外保护，在本州政府仅仅涉及本州人民的事项中行使权力时，使各州人民免受可能造成的伤害，以此改进各州宪法，他们就会以清晰明确的语言表述这一意图。

但是现在人们都很清楚，在历史上，制定美国宪法这场伟大变革曾遭到强烈反对，其成功实属不易。那时，很多人都怀有深深的恐惧。他们害怕，那些当时被捍卫我们国家利益的爱国政治家们视为对于联盟以及实现联盟重大目标来说不可或缺的权力，在行使时会危害人们的自由。几乎在所有为通过联邦宪法而召开的会议中，都有人提出修正案，想以此防范权力滥用。这些修正案的目的是寻求安全保障，防止联邦政府而非地方政府可能的、令人不安的侵犯。

人们普遍表达了这样一种愿望：消除（对联邦政府权力）普遍怀有的恐惧。基于此，由国会中符合法定多数的议员提出了修正案，并且获得各州批准

通过。这些修正案中不含有任何表明其适用于各州的明文表述。因此，本院也不能将之用于限制各州。

联邦宪法第五修正案规定，禁止为公共用途征用私人财产而不进行公平补偿。我们认为，这仅仅是对联邦政府权力的行使所作的限制，而不能适用于各州立法机关。因此，我们认为，被告在州法院作为证据提出的马里兰州国会的几项法案与联邦宪法之间并无抵触。故本院对此案没有管辖权，予以驳回。

（魏双娟译　汪庆华校）

（四）契约神圣

7. 弗莱切诉贝克（*Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 87 [1810]）

宪法第一条第十款的契约条款禁止各州通过损害契约义务的法律，这是宪法的又一重要目标。在18世纪90年代，联邦司法部门对宪法所赋予的权利的保护深表关注，并且在 *Van Horne's Lessee v. Dorrance* 巡回案件中，帕特森（Patterson）大法官运用这一条款反对一项州法律。马歇尔在本案中发表的法院意见是联邦最高法院有史以来首次动用这一条款。该案起因于1795年发生在西弗吉尼亚的一起臭名昭著的雅祖（Yazoo）土地欺诈事件。在这一事件中，一群投机者向该州议会议员行贿，从而使其土地申请获得了批准。这宗土地出让成了一个严重的政治问题，大部分受贿议员因而下台。新一届议会迅速撤销了这宗土地出让。然而，在新旧议会交替期间，州土地的最初受让者已经将其中一部分土地转卖给了来自全国各地的投机者。在一起串通案件（collusive case）中，后者主张他们是无辜的、善意的投资者，因此，该州损害了他们由以获得土地产权的契约，是违宪的。

首席大法官马歇尔（Marshall）发表了法院意见：

除非受到本州宪法的限制，佐治亚州议会有权按照自己的判断对本州境内未分配的土地进行自由处分，这一点是不容辩驳的。于是，在该妨诉抗辩（demurrer）提出的问题中，本院惟一应考虑的问题是：当时的佐治亚州宪法是否禁止议会按照该契约规定的方式对作为该契约标的土地进行处分。

一项法律是否因与宪法抵触而无效在任何时候都是一个非常微妙的问题。在一个疑难案件中，如果可能，最好不要对此作出肯定的裁决。如果本院由于职责所在而不得不作出裁决时忘记了自身地位所赋予的神圣义务，它就不配居于这种地位。但是，宣布议会超越了职权范围，其法令无效，就不能建立在轻

微暗示和模糊猜测的基础之上。宪法和法律之间的对立应该达到使法官清楚而强烈地确信它们二者之间确实不相容的程度。

在本案中，本院看不出有这样的对立。在佐治亚州1789年通过的州宪法中，本院看不出有任何规定对立法权进行限制，从而禁止它通过1795年的法令。最高法院不能认为，在通过该项法令时，州议会超越了职权范围，违反了宪法。

因此，驳回对第一项诉讼请求的妨诉抗辩，巡回法院并无错误。

第三项条款的约定是：佐治亚州政府对该项土地的全部产权已合法地移转给了转让人约翰·贝克。

第二项诉讼理由实际上认为下述行为违反了这一条款。从佐治亚州政府获得土地出让的人向当时州议会的许多议员许诺，如果这些议员愿意认可并投票支持通过这项法令，并且该议案确将通过，他们将从根据这一法令而受让的所有土地中取得一定份额并获得一些利益。而这些得到许诺的人受到了这一许诺的不正当影响，并在这种影响下确实投票支持了该项法案的通过。根据这一理由，该项法令是无效的，佐治亚州政府的产权并未移转给贝克。

对于这项诉讼理由，被告首先否认曾作出过原告诉称的许诺，然后强调指出：杰姆斯·格林立夫（James Greenleaf）从州土地的最初受让者那里买下了这块土地，经过几次转手后，到了贝克的手里，但是直到杰姆斯·格林立夫买下这块土地，他和贝克以及中间转手的人都没有注意到或都不知道那些州土地的初始受让者曾向佐治亚州议会的议员们作过这样的许诺或保证。

腐败之风竟然渗入我们新生的共和国政府之中，污染到了立法部门本身，或者说，一项法律的通过，或一项立法性契约的订立，竟然是不良动机的结果，这些情形确实让人非常痛心。在一项州政府自己提起的诉讼中，法院在多大程度上有权撤销这样形成的契约，并宣布第三人根据该契约获得的权利无效，而不顾他对契约是通过不正当手段获得这一情况并不知情，这将是本院非常审慎地处理的问题。一项法律的有效性在多大程度上取决于法律制定者的动机，为了订立一项契约而对一州的最高权力机关的成员进行利诱在多大程度上可以在法庭上接受审查，这些都是很值得质疑的。即使我们承认最高权力机关的一项法律可以由于导致法律通过的手段而被法院宣布无效这一原则，我们仍然很难说清楚这些手段必须在多大程度上使用才能产生这种效果。直接贿赂是必须的吗？或者说，任何利益或不正当影响就已足够了吗？必须要求这一腐化因素对大多数议员都发挥了作用吗？或者说，需要多少数目的议员才够了呢？是否不管全国人民的意愿如何，该法令一概无效呢？或者它的有效或无效取决于公众情绪呢？

如果议会中的大多数议员都腐化了，那么司法部门就有权对他们的行为进行监督，这一观点是很值得质疑的。而且，即使在只有少数人行为有不纯洁动机的情况下，指导司法介入的原则也不明确。

无论这一问题会带来什么样的困难，本院从可能涉及的各方面来观察，发现本案中并不存在这些困难。

本案不是一件由佐治亚州政府提起的要求撤消契约的诉讼，而且从第二项诉讼理由来看，本院似乎感觉到，佐治亚州政府对这宗土地出让并没有什么不满意。本案的情形，从现有的讨论来看，是这样的：有一个人在佐治亚州拥有若干土地，地契上载明，转让人已拥有佐治亚州对这些土地的产权。他根据地契提起

了违反契约之诉：他说这项契约所依据的法令在被通过时，曾有一些议员被允以从中获得利益从而投票支持了这项法令，因此这项法令是完全无效的。

这个严肃的问题不可以被这样偶然而附带地提到法院面前。极端地讲，基于两个人之间的私人契约来探究州最高权力机关的腐败是不合适的。如果这项所有权明显来自议会可能合宪地通过的立法性法令，而这项法令又具备了法律的所有必要形式，法院作为司法机关，就不能支持一个人对另一个人提起的诉讼请求，该诉讼请求是基于声称该法令是无效的，因为有不纯洁动机影响了某些通过该法令的议员。

因此，巡回法院驳回这项妨诉抗辩是正确的。

地契中的第四项条款是：对该宗土地的产权并未被佐治亚州以后各届议会通过的任何法令合宪地或合法地损害。

第三项诉讼理由首先列举了对议员们使用的种种不正当手段，这一点在第二项诉讼理由中已作了说明。然后声称：由于这些行为及其他原因，新一届议会通过了一项法令，撤消了公地原始受让人据以取得土地的法令。该法令还宣布这一土地出让行为无效，佐治亚州政府对这些土地享有产权。这项诉讼理由继续概括性地引述了这项撤消令，然后在结尾时强调指出，由于这项撤消令，贝克对该土地的产权被合宪地合法地损害了，因而是无效的。

被告首先像前面一样再次否认曾有过如本项诉讼理由所说的许诺，然后再次辩称，自己和从公地原始受让人那里买地的第一位购买人及中间的许多转手人都并未注意到有这样的许诺。

对这一诉讼请求，部分存在妨诉抗辩，部分被认可。

最高法院深切地感受到了诉答文书中提出的这些问题的重要性和难度。

州长依照一项议会完全有资格通过的法令而出让该等有争议的土地，其所有权已肯定地移转给了杰姆斯·冈等最初受让者。他们因而完全拥有这项合法地产，并为获取可观的对价而将其中的部分土地转让给了那些愿意购买的人。即使初次交易因欺诈而有重大瑕疵，这些购买人却并未参与也并未注意到这一点，他们是无辜的。然而，佐治亚州议会却把他们牵扯到该交易中来了，而且，如果这项法令有效，他们的权利也就早已为之消灭了。

佐治亚州议会是这项交易的一方当事人。如果一方当事人想宣布自己的行为无效，无论找出了什么证明其无效的理由，我们必须将这种行为仅仅视作一种权力行为，一种必须由一系列法庭上并不常听到的推理予以支持的权力行为。

但是据说，真正的一方当事人是人民。当他们的代理人不忠于职守时，这些代理人的行为就不再有效力。然而，应当记住：人民只能通过这些代理人行动，当这些代理人的行为在授予给他们的职权范围之内时，其行为必须被视作人民的行为。如果一些代理人腐化了，可以选择另一些代理人。而且，假如他们的契约是可以审查的，那么人类的通常情感及习惯就会指明一种进行审查，确定其是否有效的方式。

即使佐治亚州议会并无义务使自己的主张屈从于那些为保障财产安全、对人权进行裁判而设立的法庭，即使它声言自己就有对自己的案件进行裁判的权力，仍然有某些重要正义原则的权威得到普遍承认，不应当被完全忽视。

假如议会是自己案件的法官，那么其决定也应当受到与拘束法院裁决同样规则的拘束，这才是公平的。本案的问题从本质上讲是一个产权问题。对这一

问题进行裁判的机构要么是象法院那样行为，履行通常赋予法院的职责，要么就是仅仅按照自己意志来行使权力。

假如提起一件诉讼的目的是撤销通过欺诈手段获得财产让与，并且欺诈也已被证明确实存在，那么双方当事人之间的这项让与将被撤销。但是，已经为购买该财产支付可观对价的不知情第三人的权利却不能被忽视。产权，无论依据何种法律标准，都是一种完全的权利。购买人受让产权时总是带着充足的信心，因为他相信购买人是安全的。假如由于购买人之前很早的前手的行为导致该产权存有隐藏瑕疵，但购买人并未注意到这一点，那么，就不能利用这一隐藏瑕疵对他产生不利。他已经为有效的产权支付了价款，他是无辜的，无论别人有什么罪过，公平原则将使他不受这一罪过引起的惩罚的影响。假如这一原则都被推翻，那么一切产权都将不安全，人与人之间的交易将受到严重阻碍。

因此，如果提起诉讼，要求撤销对杰姆斯·冈等人的土地出让，因为这些土地是通过向议员行贿而获得的，那么，无论衡平法院会对最初受让者作出何种裁决，它必须受到其自己的规则和最清楚的衡平原则的约束，使那些为购买土地已支付可观对价且不知情的人不受干扰。

如果议会认为自己不受那些适用于合众国所有公民的财产法规则的约束，也不受那些在我国所有法院都得到承认的衡平原则的约束，那么它的行为只能受到其权力支持，而且，这一权力还可以剥夺其他任何人的土地，如果它想这么做的话。

我们说这些话，并不是对佐治亚州议会或其法令有什么不敬之意。我们丝毫也没有这个意思。这个问题是一般性的问题，我们也是把它当作一般性问题来处理的。因为对于这种立法性的让与，像在本案中所提出的那样强有力的反对理由可能不会再度出现了，但是这项撤销令惟一依据的原则却可能被议会随心所欲地运用到任何它想运用的案件中去。这项原则就是：一个州议会，可以依据自己制定的法令，剥夺任何人的既得地产，只要它认为理由充足就行。

本案中，州议会可能有充足的证据证明最初的土地出让是通过不正当手段获得，这些不正当手段遭到无论怎样的谴责也不为过，并且提供了正当理由以撤销对这些可定罪的人的出让。但是，这宗公地出让，一旦完成，即把全部完整的产权移转给了受让人，获得了法律所能给予的全部尊严。这宗地产是可以转让的，而且那些购买了其中一部分的人不受初始交易中的犯罪的影响。他们的案件跟那些普通的案件没有什么不同，在那些普通案件中，购买人购买了合法地产，但对于土地出让可能是秘密欺诈的结果却并不知情。按照众所周知的衡平原则，他们的权利不能受这种欺诈的影响。他们的情况和他们的产权与社会中其他通过正常的转让方式从原始产权人获得土地的人一样。

那么，州议会的权力能不能取消这种产权，收回以这种方式拥有的财产呢？

他们主张的原则是，任何一项法令，凡是过去的议会有权通过的，后来的议会就同样有权撤销；一届议会不能减损后届议会的权力。

这一原则的正确性，就一般立法言之，是不容辩驳的。但是，如果一项法令是依据法律制定的，那么后届议会是不能将它化为乌有的；最绝对的权力，也无法把过去一笔抹掉。出让已经成立，合法地产由此获得，纵使这些地产可能被主权当局没收，这些出让曾经移转了合法地产仍然是一个事实，而且将永远是一件事实。

因此，当一项法律本质上是一项契约，并且当已依据该契约让与了绝对权利，即使撤销了这项法律，也并不能剥夺这些权利。如果要合法取消这些权利，那么就必须得使用适用于社会中每个个人的权力。

我们相信，就社会和政府的性质而言，对立法权不可能不作一些限制。我们也相信，应该能在某个地方找到这样的限制，一个人公平而诚实获得的财产不可以被没收，却没有补偿。

所有立法权力都授予了州议会，但问题是，将个人财产转为公有的法令是否属于立法权性质，这是很值得我们认真反思的。

为管理社会而制定一般规则是州议会的专有领域，不过，将这些规则适用于社会中的个人却似乎是其他部门的职责。立法权在多大程度上可以包括其他各种权力，在宪法对此保持沉默时，它从未可能也决不会得到明确表述。

如果佐治亚州是一个单独的主权国家，这项撤销令是否有效确实还可以成为一个问题。但是，不能把佐治亚州看成一个单独的别无关联的主权国家——在这样一种国家里，只有它自己的宪法才能给它的议会设置若干限制。它是一个大帝国的组成部分，它是美国联邦的一个成员，而这个联邦有一部其最高法律地位为所有成员都承认的宪法。该宪法对各州议会都设置了若干限制，没有哪一个州声称有超越这些限制的权力。合众国宪法宣布，任何州不得通过剥夺公民权利、没收公民财产的法案、溯及既往的法律和损害契约义务的法律。

本院正在审理的这一案件是否在宪法的这项禁令范围之内呢？

在考虑这个十分有趣的问题的时候，我们马上会问自己：契约是什么呢？出让是不是契约呢？

契约是双方或多方当事人之间的协定，可分为待履行契约和已履行契约两种。在一项待履行契约中，当事人约束自己将做或不做一特定事情。本案中州长进行土地出让所依据的法令就属于这种契约。所谓已履行契约，是指契约内容已履行完毕的契约。布莱克斯通说，这种契约和出让没有什么不同。佐治亚州和购买人之间的契约就是通过出让来执行的。已执行契约及待执行契约都包含有约束各方当事人的义务。一项出让契约，就其本身性质而言，就等于把出让人的权利消灭了，同时还默示了一项合意即不得再行主张这一权利。因此，出让方总是不得反悔。

因此，既然出让实际上是一种已执行契约，其约束力一直持续存在，并且既然宪法使用的是“契约”这个一般术语，而没有对待执行契约和已执行契约作进一步区分，那么就必然把它解释为既包含前者，也包含后者。如果一项法律，取消私人间的出让行为，没收出让人过去的地产（丝毫不顾这些让与行为），这就等于把地产出让人以出让方式履行其契约的义务取消，这种法律是与宪法相抵触的。如果一种出让契约是受到宪法所保障的，而一项实实在在的出让行为却不受保护，这未免太有点不可思议了。

如果按照对宪法的公平解释，出让是包含在“契约”这一术语之内的，那么一项由该州所作的出让是否不包括在这一条文的适用范围之内呢？是不是应当把该条款理解为禁止州损害个人之间的契约义务，但是它自己所订立的契约却不在这项禁令范围之内呢？

条文的文字本身并未作这些区分。它们是一般性的，适用于每一种契约。如果州订立的契约在该条文的适用范围之内，这种例外性只能是来自契约当事

人的性质本身，而不是这一条文使用的文字。

无论当时出于对州主权的何种尊重，我们应看到，宪法制定者是带着一些忧虑看待那些可能由于一时情绪冲动而引起的暴力行为的。还应当看到，合众国人民在通过这部宪法时，已经表明了保护自己和自己的财产免遭那种经常为人类所遭受的突然而强烈的情绪影响的决心。对州立法权的种种限制很明显是建立在这种认识基础上的，合众国宪法包含了可称之为关于各州人民的权利法案的内容。

任何州不得通过剥夺公民权、没收公民财产的法案和溯及既往的法律或损害契约义务的法律。

剥夺公民权和没收公民财产的法案可能威胁一个人的生命，或没收其财产，或二者都影响。

以这种形式，议会对个人的生命和财产的权力受到了明确限制。那么，执意要将表达了一般性禁止损害契约义务的文字解释为暗示了州议会在自己签订的契约中就拥有损害契约义务的权力，这到底有何居心呢？

该州议会不能通过溯及既往的法律。所谓溯及既往的法律是指这样一种法律：一个行为在进行的时候是不受惩罚的，而这种法律现在却把它转变成了可以进行惩罚的行为。这种法律可能对一个人施加刑罚，或者可能进行经济制裁以填饱国家金库。因此，宪法禁止州议会为了使某个人受到惩罚通过一项将以往法律不视为犯罪的行为宣布为犯罪的法律，从而剥夺其地产或其中的一部分。因此，为什么应当为了给予州议会权力为公共目的而通过取消个人所持地产权的法律，而粗暴地扭曲条文文字的自然意义呢？最高法院看不出有什么充足理由要作这种区分。这项撤销令确有溯及既往的法律的效果，它为了一件不是弗莱切所做的而是那些卖土地给他的人的罪行剥夺了他的地产。如果是以剥夺公民权、没收公民财产的法案和溯及既往的法律的形式出现，这肯定是不可能生效的。那么，为什么它以一项撤销原始土地出让的法律形式出现就是可以的呢？

存在着这样一种论证：宪法文字并没有设置例外，但应当推定有这种意图。对于这一论证，我们可以用一个原来移植入宪法而现在不复存在的原则来作一些反驳。宪法被通过时赋予了联邦法院对状告各州政府的案件的管辖权。因此，一州如果违反了自己的契约，是可以被对方当事人以违约为由告上联邦法院的。如果辩解说，在这样一个案件中，该州已经通过了一项法律，免除了对该项契约的义务，那么这样一种论点站得住脚吗？很难想象，这一种辩护能站得住脚。当然，如果不仅我们的政治制度的一般原则，而且宪法文字也并未禁止州损害自己订立的契约的义务，那么这个辩护将会是有效。这个特点再也无法在宪法中找到了，但是它有助于解释那些与这一特点相联系的条款。

因此，最高法院一致认为，本案争议的地产已经移转给了已支付可观对价且并不知情的购买者手中。不管是依照我们的自由制度所共有的一般原则，还是依照合众国宪法里的特别规定，佐治亚州都不得通过一项法律，可以合宪合法地损害原告所购土地的产权并使之无效。

因此，巡回法院驳回对第三项诉讼请求的妨诉抗辩，并无错误。……

（陈实译　魏双娟校）

8. 达特默斯学院诉伍德瓦德案（*Dartmouth College v. Woodward*，4 Wheaton 518［1819］）

在达特默斯学院案中，马歇尔法院为私人财产利益提供了最强有力的保障，在此案中，法院认为公司特许状是契约，不能被州政府所损害。虽然州保留了变更、修正或撤销特许状的权力，但法院认为这种保留必须是明确表示的，该判决确保了私产免于国家的干涉，并且在一个私人投资稀缺的时代，它进一步鼓励了企业冒险精神。本案件起因于新罕布什尔州立法机关试图变更乔治三世（George Ⅲ）于1769年颁发给该学院的特许状，该特许状给予学院受托人"永久的"管理权。1816年共和党人支配的立法机关通过了一些制定法，废除了联邦党人占支配地位的受托人的权力，并控制了新的监督人委员会。新罕布什尔州高等法院支持了这些法律，先前的受托人于是向联邦最高法院提起上诉。

首席大法官马歇尔（Marshall）宣布法院判决如下：

原告的权利来源于一个特许状，特许状上注明的日期是1769年12月13日。该特许状将其中提到的12个人组成一个名叫"达特默斯学院受托人"的机构，并授予他们以及他们的继任者以通常的公司特权和权力，还授权管理该学院的这些受托人，填补其自身的组织中可能产生的任何职位空缺。

被告根据新罕布什尔州的立法机关制定的三个法案提出主张——其中最重要的一个是在1816年6月27日通过的，其名称为："修改达特默斯学院特许状及达特默斯法人扩充法案。……"

不需任何争辩就可证明，本案的情形构成了一个契约。为成立一个宗教和文学机构而向国王申请了一个特许状。申请书表明为该目的进行了大量的捐赠，一旦成立，这些捐赠将立即授予该法人。特许状获得批准，财产亦据之而转让。毫无疑问，在这个交易过程中，可不折不扣地找到一个完整而合法的契约的每一个因素。

需要考虑的几点是：

1. 这个契约是否为合众国宪法所保护？

2. 该契约是否因被告所支持的那些法案而受到损害？……

或许应当承认：在有关为进行内部治理而管理民间机构（civil institutions）的事项上，宪法的制定者们并没有限制各州的意图，也不应这样理解他们所赐予我们的那个文件。宪法条文从未被理解为包括了除那些与财产或者某些有价值之物相关的契约，以及授予那些能够为法院维护的权利的契约之外的其他任何契约。其亦从未被理解为要限制立法机关就婚姻问题进行立法的一般权力。这些法案之所以能够在不损害婚姻契约的前提下解放其中一方，是因为该契约已被他方所违反。只有当某个州的立法机关通过了一项法案，废除了所有的婚姻契约，或者听任其中任何一方在未征得对方同意时就废除该契约，那么审查这样的法案是否合宪才是适宜的。

本案中当事人双方对一般原则、对宪法在理论上的真实含义并无多大分

歧，而在那些原则如何适用到本案中和1769年特许状的真实含义上意见相左，这正是本案的症结所在。如果该法人的设立行为是一种政治权力的授权，如果它创建了一个将从事政府管理的民事机构，或者该学院的资金是公共财产，或者如果新罕布什尔州，作为政府是该交易过程中的惟一利害关系人，那么，本案中该州立法机关就可以根据其判断而自由行动，不受任何合众国宪法所加的权力限制的约束。

但是，如果它是一个私人慈善机构，其获得财产的资格和政府无关，其资金亦来源于私人凭着对特许状的信任而为的捐赠，如果捐赠人规定未来须以他们规定的方式处分和管理这些资金，那么，本案就更为棘手，尽管作出这种规定的那些人和这些规定的受益者，都不是本案的当事人……

达特默斯学院确实是由私人捐赠的，他们为了在印第安人之间传播基督教，也为了普遍提升宗教虔诚和知识水平而捐出了资金。教师的工资来源于这些资金，这又减轻了学生受教育的花费。那么，它就是一个慈善机构……并且，仅就其资金来看，是一个私法人（private corporation）。

是否它的目标使之具有了一个不同的特征？是否受托人和教授们是被赋予了任何程度政治权力的公共官员，他们在任何程度上参与了政府管理，并在任何程度上行使了来源于主权权威的职责？

所有人都承认，教育是一项关涉全国的目标，也是立法的正当对象。也没有人会否认，政府可以建立一个教育机构，并将之置于自己的直接控制之下，而该机构的官员也就是公共官员，完全服从于政府。但是，达特默斯学院是否这样的一个机构？教育又是否完全被置于政府手中？每一个教师是否都成为公共官员，而为教育之目的所做的捐赠是否都一律成为公共财产，以致是立法机关的意志而非捐赠人的意志成为（处理）此种捐赠的法律？这些问题对社会来说是非常重要的，应当给予认真考虑。

魏洛克博士（Doctor Wheelock）作为其慈善学校的管理人，教育印第安人如何读书以及我们神圣的宗教，用自己的钱和慈善家的自愿捐赠供养他们，很难被认为是一个公共官员，也很难认为他行使了任何属于政府的职责。立法机关也不能认为他私人的或者那些由他人捐赠的资金是为教育目的而使用，就须受立法管理（legislative management）。其后，他的学校扩大了，在英格兰和美国得到了慷慨捐赠，使他能够将自己的慈爱延伸至他自己国家青年的教育上，他的角色或者职责的性质并没有发生任何变化。如果他用他人捐赠的资金雇佣了助理教师，或者在英格兰的受托人建立了一个学校，让魏洛克博士作校长，并向他及其他的助手们发放薪水，他们还应是私人教师。而他们从事青年教育事业的事实，并不能使他们转变成为公共官员，从而牵涉到公共职责之中，也没有给立法机关干涉这些资金管理的权力。捐赠者将这些资金交由受托人手中管理，受托人必定已被允许执行他们的信托，不受立法当局的控制。

那么，这样的观点到底是从哪里得来的，认为达特默斯学院已变成了一个公共机构，而它的受托人已成为公共官员，为公共目标而行使公众授予的权力？这样的观点不是来自它的资金的来源之处，因为它的基金完全是私人性的和慈善性的，也不是来自于那些资金的运用，尽管金钱是因教育而付出，但收到它的人并未因从事青年教育而成为政府的一员。难道它来自于法人成立法案？让我们对这一点进行考察。

法人是一种虚拟的存在（artificial being），无形无状，难以捉摸，只能在法律的设想之中（in contemplation of law）存在。作为法律的创造物，它仅占有创建它的特许状授予它的财产，不论这种财产是明示授予它的，还是仅因其存在而偶然发生的。这些都被认为是为了实现其创建之目的而经精心设计的。其中最重要是永续性和独立人格性，如果允许这样表述的话还有财产，只有通过财产，无限期更迭的大量人员才能被当作和最初一样未发生变化，如单一个体般活动。这使得一个法人得以处理自身的事务和占有财产，不必为了将财产在不同人之间转移而陷人令人困惑的复杂处境，或者面临持续转让财产的无尽面危险的需要。主要是为了赋予持续更迭的人员以这些特质和能力的目的，法人才得以发明，并至今还被人们所利用。通过这些手段，持续更迭的个人才能够像一个永续的生命一样行动，促进特定目标的实现。但是，这样的一个生命并没有参与这个国家的政府，除非参与政府正是它创立的目的。它的永续性并没有赋予其政治权力或者政治特性，就像永生（immortality）没有赋予自然个人这样的权力和特性一样。就像行使相同权力的自然个人一样，它最多不过是一个州的工具而已。如果一个自然人，被其他个人雇佣从事青年的教育，或者为政府的一个青年教育学院而工作，不会成为公共官员，也不会被认为是政府的一员，那么，这个法律所创造的虚拟人——出于与雇佣自然人相同的目的而使用——又如何会成为这个国家的政府的一部分呢？难道是因为它的存在、能力和权力是法律所赋予的？或者是因为政府给予了它为特定目的以特定形式取得和占有财产的权力，政府就因而拥有实质地修改该形式，并改变这些财产的使用目的的权力？这个原则从未得到主张和承认，也不为任何权威所支持。那么，它是否可以在理性中寻求帮助？

创建法人的目标和政府所希望促进的目标普遍一致。它们被认为对国家有益；这种益处，在大多数情况下是授予特许状时惟一的考虑。大多数慈善机构若没有特许其设立的特许状的帮助，其目标的实现将会是困难不堪，或许根本就无法实现。仁慈而又热心公益的个人渴望他们的捐赠能永远为慈善或其他有益目的服务，发现若不创建法人便无法确保他们的计划得到稳固的实施。因此，他们向政府提出申请，表明他们的有益目标，并愿意为实现该目标而预付必要的金钱，只要政府授予该机构（为了实现他们的计划而设立）实施这些计划的资格。这一计划得到考虑并被批准，而对公众的益处被认为是政府授予权力时得到的最充分的补偿。这样，法人得以成立。如果对公众的益处能够构成对政府所授予权力完全补偿，那么就没有理由以作出以下宣称的方式要求更多的补偿：为了资金的安全和使用，行使改变该虚构人的性质并涉及其资金的权力。也没有理由认为：在为了某种有价值的考虑才被授予的特许状中，暗含了一项不仅是未明确表述的，而且也是和明确规定直接矛盾的权力。

这样，从成立法人的特许状已被授予这个事实出发，不能推断出能够改变该机构性质或者能让政府对之享有新权力的任何东西。民间机构的性质并非来源于它们的设立，而是来源于它们组成的形式和它们设立的目的。改变它们的权力也不是来源于它们被允许设立这个事实，而是来源于它们是为实现政府的目的而创建的工具。为相同的目的创建相同的机构，尽管未设立为法人，但可以是公共机构，因而当然就可以受立法机关的控制。法人设立法案本身没有赋予也没有禁止这种控制。同样合理的是，法人设立法案本身也没有改变一个私

人慈善机构的性质。……

我们可以发现，达特默斯学院是一个慈善机构，是为了将那些捐赠人的捐赠永久应用于捐赠所希望达致的特定目的而成立为法人。它的受托人或者管理者最初都是由创立者选定的，并被授予终身任职的权力，他们不是公共官员。这所学院也不是一个参与了政府管理的民间机构，仅是一个慈善学校，或者教育学院，为保存其财产和将这些财产永久地运用于其成立的目的而成立为法人。……

很明显这是一个契约，捐赠人、受托人和国王（其权利和义务为新罕布什尔州所继承）是该契约最初的缔约人。它是一个根据有价约因（valuable consideration）而订立的契约。它是为了财产的安全与处分而订立的契约，正是在这个契约的保证下，不动产和动产才转让给这个法人。这样，它就是一个不仅在字面上而且在精神上合乎宪法的契约，除非这样一个事实——即为了传播宗教和发展教育，为了永在更迭的这些人的利益（尽管目标保留原样），捐赠人将财产置于受托人手中——产生了一种特别的例外，使得这个案件不再适用宪法中包含的禁止性条款。

更可能的情况是，我们正在讨论的该条款最终被写入该宪法的时候，对此类权利的保护并没有特别地进入制宪者的视野。可能是那些更经常重复发生的干预——进行这些干预的诱惑力更为强大，其导致的危害也更为广泛——构成了对州立法进行此种限制的巨大动机。尽管从某个特定而又罕见的案件本身中并不能足以推导出一个规则，但一旦规则被确立，就必须受该规则管辖，除非能提出一些排除该规则适用的明显而强有力的理由。仅仅说当制定这个条款的时候，制宪会议没有考虑到这个案件，以及当其被通过的时候，美国人民也没有考虑到这样的案件，是不够的。还应当更进一步说明，如果提及这个特定案件，制宪者对之将是如此众说纷纭，以致它被排除在此种限制之外，或者它将被当作此种限制的一个特别的例外。该案件，既在该规则语词的范围之内，就必定在该规则适用的范围之内，除非这种字面解释是如此的荒唐和有害，或者和宪法的总体精神如此相悖，以致能够证明那些把该案件当作例外的宪法解释者是正确的。……

在经过深思熟虑之后，本院的意见是，它是一个契约，其义务不能被损害，否则就违反了合众国宪法。这个意见，就我们看来，同样得到理性和本院先前判决的支持。

我们接下来考察这个问题：它的义务是否为本院的这个特别判决所指向的新罕布什尔州立法机关所制定的那些法案所损害。

从已经进行的对该特许状的审查来看，很明显，管理学院、委派或者解雇教员、制定他们的工资、指导学生的学习和填补他们自身组织的空缺职位的全部权力都被授予了受托人。就国王这一方来说，特许状规定得很清楚，一旦该法人成立，应当永久存续。受托人的数量也必须永远是十二人，而不能增加。国王受这个契约约束，不能对它的基本条款进行粗暴的修改，否则就损害了该契约义务。

独立战争将政府责任和权力移交给了新罕布什尔州的人民。这些权力包含了议会的优越权力，也包含了行政部门的优越权力，这是确信无疑的。独立战争没有改变所有有关财产的契约和权利，这再清楚不过了，不需要任何论证来

支持。这样，达特默斯学院的特许状所创设的义务，在新政府和在旧政府统治下是一样的。政府的权力也是一样的。若在合众国宪法通过之前的任何时候撤销该特许状，都将是一次空前而又非常的权力行为，只可能由该州宪法中对立法机关的限制来进行控制。而合众国宪法中则规定了此种额外的限制，即一州的立法机关不能通过任何将会"损害契约义务"的法案。

前文已经说到，"修改达特默斯学院特许状及达特默斯法人扩充"的法案将受托人的人数增加到二十一人，并将任命增补成员的权力交给了该州的行政部门，还创建了一个包括二十一个成员的监督人委员会，而其中的二十一个成员也是由该州的行政当局任命的，并且这个委员会有权检查和控制受托人最重要的活动。

在讨论这个法案的影响的时候，有两个观点是不能被接受的。直接行为与通过受托人和监督人行为之间没有发现实质的区别。管理该学院的整个权力，已从根据创建人在特许状中表明的意志任命的受托人转移到了新罕布什尔州的行政当局手中。这个慈善机构的资金管理和运用，捐赠人将之置于特许状中指明的受托人的手中，并且授权他们永久拥有这些权力，已因该法案而被置于该州政府的控制之下。在该学院的任何重要的活动中，州的意志替代了捐赠人的意志，这并非一个非实质性的变化。该学院的创建人订立契约，并不仅是为了将他们所捐赠的资金永久运用于捐赠的目的。他们订立契约的目的还在于，确保资金依据该法人的章程而被运用。他们是为了一个制度而订立契约，这种制度，在人的预见所及之内，会使他们所创建的文化机构的治理权永久地存于他们所任命的人的手中。这个制度被完全改变了。1769年的特许状也已荡然无存；它被重新组织了，并且是这样被重新组织的：这种重新组织使根据其创建人的意志而建立的、并由民间学者控制的一个文化机构，转化为一个完全屈从于政府意志的机器。这或许对该学院本身是有利的，或许总体上对文化是有利的，但这不符合捐赠人的意志，并彻底破坏了他们捐赠财产所依赖的契约。……

基于这样的判断，即新罕布什尔州的法案（已在本案的特别裁定中说明）与合众国的宪法相抵触，（本院）在该特别裁定的判决应当对原告有利。这样，州法院的判决，就必须撤销。……

（邓海平译　史大晓校）

9. 奥登诉桑得斯案（*Ogden v. Saunders*, 12 Wheaton 213 [1827]）

1812年战争后的各种经济混乱导致了大范围的金融混乱。尽管宪法授权国会有制定破产法律的权力，但当时在这个问题上没有联邦制定法。就像在独立战争后那段时期一样，各州迫于巨大的压力，通过了许多破产法律。然而，债权人对这些法律不满，认为这些法案违背了契约条款，而对它们提出质疑。在*Sturges v. Crowninshield*, 4 Wheaton 122 [1819] 案中，马歇

尔法院宣布纽约州一项破产法无效，该破产法适用于其通过之前已定约的债务（debts contracted）的。但马歇尔也认为在联邦没有立法的情况下，各州可以制定破产法。八年后，在 *Ogden v. Saunders* 一案中，法院在这个问题上一致性的脆弱显露出来了。在此案中，法院以四比三的比例，维持了适用于未来契约（future contracts）的破产法。本案的判决是马歇尔法院惟一的一个首席大法官本人持有异议的重要宪法判决。

大法官华盛顿（Washington）宣布法院判决如下：

本案中首先需要解决的最重要的问题实质在于：契约的义务是否被一州的破产法案所损害，这个法案免除债务人的人身和未来取得的财产在该法案通过后于该州订立的契约的责任。……

是什么给予了一个契约的义务以合法性？在 *Sturges v. Crowninshield* 一案中，首席大法官已经给出了答案，我当时深表赞同，现在还是如此：是约束契约当事人履行协议的法律。这样，约束契约义务的法律，就必须以其意图的任何形式管辖与控制契约，不论它影响的是契约的效力、解释，还是契约的解除。……

所有文明国家普遍适用的法律是……所有的人都必须履行他们的契约。这一强制禁令（injunction）与它所适用的契约一样的绝对。不论是对契约的效力、解释，还是对契约的解除，它都不容任何限制与保留，除非此种限制与保留为实现契约当事人的意图所必须。如果这确实是宪法向我们指明的规则，那么，管辖与私人契约相关的事项的州立法的范围，将受到超过人们当时所设想的合众国各主权州所可能承认的限制，因为作一下考察，就会发现，几乎没有任何关涉一州普遍治安（general police）或者管理该州公民相互交往或者与陌生人交往的法律，不会以这种或那种方式影响他们已订立或将要订立的契约。因为，有关证据或者有关救济诈欺和伪证的法律，有关登记的法律影响地主和佃户、拍卖方式的买卖，时效行为以及那些限制职业人员的收费、客栈主收费的法律以及充斥着各州法典的大量其他法案，除了是会影响契约的效力、解释、期限，或契约解除的法律外，又会是什么？尽管我承认刚才提到各国的普遍法可能是契约义务的一部分来源，但我必须毫不犹豫地坚持认为这个法律必须严格服从于契约缔结地或履行地的市政法（the municipal law）。若（契约）得不到履行，这个普遍法就不能实现，而本地法则影响和控制契约的效力、解释、证据、救济、履行和解除。前者是所有文明国家和其中每个国家的普遍法；后者是每个国家的特别法（the peculiar law），并且一旦二者冲突，后者优于前者。

那么，该州的本地法，不论是成文的还是不成文的，显然就是在该州内订立的契约的法律，并且必须始终管辖，不论该契约在何处履行。

按我的愚见，该州的本地法构成了该契约的一部分，不论契约当事人身处何处，它都随该契约而行。它亦得到世界上所有文明国家的尊重，并按该契约本身的形式由那些国家的法庭强制执行，除非契约当事人相反地已同意：该契约将在他国而不是契约缔结地国履行，或者该契约指定适用他国而不是契约缔

结地国的法律，或者该契约是不道德的，或者该契约与受理起诉的法庭所在国的政策相抵触。在后面这些情况下，不论契约于何处缔结，所有国家（the comity of nations）都会拒绝给予该契约强制执行的救济。在没有以上这些拒绝理由的情况下，作为该契约的一部分而伴随该契约的该州本地法，在每一处都得到尊重和强制执行，而不论该州本地法影响的是该契约的效力、解释，还是解除。这是基于普遍法的原则，即契约缔结地的破产法律可在任何地方解除契约，或者解除一方当事人的契约义务。……

很明显，不论我们转向影响契约效力、解释还是解除的法律，还是转向影响契约履行中采用的证据或救济的法律，我们都会面临那些溯及既往（retrospective）和适用于未来的法律之间不容置疑的差别。在第一类案件中，法律被宣布为无效，而在第二类案件中并非如此。……

我完全同意 *Sturges v. Crowninshield* 一案的判决，并完全同意宣布这一判决的博学的法官的推理，尽管在当时甚至现在，我也不能赞成该判决承认州立法机关有通过破产法律的宪法权力的那部分——按我的理解，这些法律使破产者的人身和未来取得的财产免于承担他的债务责任。我一直认为通过这样一个法律的权力被宪法排他性地授予了合众国的立法机关。但既然我这个意见和已经庄严宣布的本院的多数意见不一致，我就相信我这个意见在当时和现在来讲都是错的。

在承认这些之后，我以一定程度的信心再次引用上述判决，以支持我想作出的判词，即一项适用于未来或者说就目前来看是适用于未来的破产法律，没有违背合众国宪法。在那个判决中这样写到："除非国会行使了对破产问题制定统一法律的权力，各州不得被禁止通过一项破产法案，只要该法案中不包括与合众国宪法第一条第十款相背的原则。"那个案件中的问题是，于1811年4月11日通过的纽约州法案——该法案不仅解放了债务人的人身，而且，只要债务人交出自己的财产以满足债权人的权益，在他的人身被免于破产债务之前和之后的任何契约债务的全部责任就被免除——该法案适用于通过之前的契约债务，是否是合乎宪法的有效法案？基于该法案损害了涉案契约义务这个惟一的原因，法院判决该法案不是一个有效法案。如果确实各州不能通过一项管辖通过后缔结的契约的类似法案，那么结论就只能是，要么各州根本就不能通过这样法案——这是和刚才引用的本院的明确宣示相反的，要么这样的法案不能损害在其通过后缔结的契约义务。总之，这个观点是不证自明的：任何一个得以缔结的契约，要么先于要么后于可能影响它的某项法律。……

对实施了法律所禁止的违法行为加以惩罚，没有任何不公和专横。同样，法律宣布在其通过之后缔结的契约可以不同于当事人约定的方式而解除，如果他们知道或者应当知道，这些契约在某些情况下可能以不同于契约条款中约定的方式而解除，这也不能算作不公或者令人难以忍受。

尽管我一直认为，宪法的制定者的本意是将通过破产法律的权力排他性地授予国会，或者，至少他们期望赋予国会的此项权力能够得到有效的行使，以阻止各州行使。但更可能的情况是，就州立法机关对契约事项的所有其他干涉来说，仅是溯及既往的法律在制宪大会的考虑之中。……

但是，就像有人曾经问到的那样，为什么禁止各州通过这样的法律，这些法律以非金银钱币之物作为偿付在这种法律通过之前或之后的契约债务的手

段，但却将禁止通过损害契约义务的法律局限在针对过去的契约，或者，换句话说，局限在未来的破产法上。既然两种情况导致的后果是一样的，律师认为后者实际上就是经乔装改扮的彻头彻尾的偿付手段法（tender laws）。……

对我来说一个比较满意的答案是：这些偿付手段法……一向就不公正，并且，当缔结契约时有既存的破产法律时，偿付手段法对诚实的债务人几乎是没有任何用途的。这些偿付手段法违背了当事人缔结的协议，且不对它们所采取的措施作哪怕是虚假的歉意表示，因为它们的实施使得债务人可以根据不同于他约定未约束自己的条款免除自己的责任，损害了债权人，并且在许多案件中得不到必要性答辩（plea of necessity）的支持，这些偿付手段法不光救助了那些不幸而无可避免地陷人贫困无力遵守诺言的人，还给予了那些富有的债务人本没有资格获得的救济。就未来契约而言，这些偿付手段法是不公平的，它们给予后一种人以救济，但却对前一种人却毫无用处——前一种人可因符合既存的州破产法律的要求而得到解脱。破产法律免除了过去债务，并确保他拥有未来取得的财产，他就获得了再一次成为有用社会成员的机会。……

* * *

首席大法官马歇尔（Marshall）持有异议如下：

本院对这个案件判决的分歧众所周知。三个大法官，大法官杜沃尔先生、大法官斯托利先生和我本人对刚才宣布的判决持有异议。……

必须承认，在适用于过去的契约和适用于未来的契约的法律之间存在原则性差别。前一类法律极少能被认为是正当的，而后一类法律则属于日常立法自由裁量（legislative discretion）的正当主题。因此，宪法限制通过某类法律的权力，与立法可自由制定另外一些法律是不矛盾的。但是，当我们考虑到合众国的性质——它在很大程度上试图使我们在商业目标上成为一个民族；至少就尊重个人之间的相互交往来看，各州之间的分界线在很多方面都被消除了。如果说在既定契约这个微妙的主题上，应当极大地限制或者完全禁止州立法机关的干涉，也并不奇怪了。……

我们正在讨论的（宪法）第一条第十款的第一项，列举了完全禁止州立法机关采取行动的那些情况。……

在所有的……情况中，不论被禁止的仅是政治权力的行使，还是针对个人的立法行动，相关禁止是完全的和整体性的，不容任何例外。任何一种立法都包含在其中。就像被完全禁止缔结条约或铸造货币一样，一州被完全禁止通过损害契约义务的法律。问题又产生了：什么是损害契约义务的法律？

在解决这个问题的时候，在审视整个句子以及它的每一个措辞时，论辩所能给人类心智带来的所有敏锐都被派上用场了。争论从上下文和规定这一禁止的那些术语本身展开，为了达到下面这两个目的，其中一方为了论证它对所有影响契约的法律都适用，而不论它们是否溯及既往，另一方为了论证它被限制适用于那些只影响该等法律本身生效前形成的契约的法律。

这些措辞给人的第一印象可能会是该项禁止性规定是一般性的。契约通常都被理解为是当事人之间的协议，并且，如果它并非不合法律，当事人在他们

约定范围内受到约束。要消除这种印象，并得出结论认为，宪法中使用的契约和义务这些措辞不是在这种意义上使用的，需要一定的深思熟虑，需要一定的知识努力（intellectual effort）。……

各州惩罚刑事案件中的违法者的权力进行的禁止性规定，禁止各州通过剥夺财产和公民权以及溯及既往的法律（bills of attainder and ex post facto laws）的规定，仅限于先前既存的案件。一项剥夺财产和公民权的法案，只能是适用于已经犯下的罪行，而一项法律不会是溯及既往的，除非适用于通过之前已实施的行为。这样的措辞是再清楚不过了，制宪大会的本意指向的是溯及既往的立法。被禁止的是溯及既往。但是该条款中关于个人民事交易的部分是以更为一般的术语来表述的。这些术语，按照它们的通常含义，包括了在该法案通过之后发生的案件也包括了通过之前发生的案件。它禁止州规定除金币或银币之外的任何其他东西作为债务偿付手段，也禁止州通过损害契约义务的任何法律。这些禁止涉及相近的主题，它们指向的是对私人权利的立法干涉，这就限制了这种干涉。在解释这个条款中和偿付手段法相关的部分时，也从未对在法律可能通过之时已经存在的债务和法律通过之后发生的债务作出区分。这一禁止是被当作一个整体来考虑的，以财产来偿付该法案通过之后发生的债务，与不付款而解除债务或通过放弃财产而解除这些债务之间的原则区别，或者，清偿债务的绝对权利（an absolute right to tender in payment）和有条件清偿债务或解除债务的权利（a contingent right to tender in payment or in discharge of the debt）之间的原则区别，并非是显而易见的。语言上的差别也并非如此明显，以致能清楚地表明宪法的制定者的不同意图。"任何州不得规定除金币或银币之外的任何其他东西作为偿债的手段。"这里"债"是指总体上那些当这样的法律适用于案件时已到期的债务，还是仅限于当这样的法律通过时到期的债务？把随后的措辞界定在指在这样的法律通过时既存契约的推理，同样能成功地推导出应当把这些措辞限定于该法律适用于案件时既存的债务。然而，我们相信，谁都从未想到过这样的区别。而人们要多久才能够想到这种区别不应是由我们来决定的。我们认为作这种区别毫无疑问会阻止这个条款目标的实现。……

我们被告知，宪法处理的不是形式问题，而是实质问题。它不能被擅自保留，使得契约义务如此明显地暴露于被破坏的危险之下——如果宪法的本意是为了保护契约义务免于州立法侵害的话。

答案是，如果法律更进一步取消（契约）义务却不提供适当的救济，如果它的救济措施明显有损契约义务，我们认为属于宪法范围中的那种情况就出现了。如果这样的法律并不改变（契约）义务，但却拒绝救济，或者仅提供一个象征性的救济，这就像实施恶政的所有其他情形一样，并且，这使债务人依旧对债权人负有责任，只要债务人或其财产在那些法律规定应提供救济的地方被发现。如果人们认为的他们的政府所应当具有的那种高度责任感无法提供安全保障，防止那些必然自我毁灭的某项立法。如果每个政府成员所作出的维护合众国宪法的庄严宣誓亦无法提供安全保障，防止故意规避宪法的文字规定并违背宪法精神的企图，那么，宪法在多大程度上为受到伤害的个人提供了保护，他们向法院请求每个政府都应当给予的救济，这将取决于本身就需要考察的法律。预想发生此种情况或许会显得格外不敬，因为要对这个问题作出论断，至

少是不成熟的。但是，不论对这个问题作何种判断，即使断定这样的法律是对宪法的一个成功规避，这也并不表明，某项直接适用于其通过之后的契约的法案，不在宪法对各州作出的限制之内。一项直接适用于（契约）义务的法律的有效性，并不能因证明了宪法未提供强制各州执行该法律的手段而得到证实。

因此，我们看不到持有理由支持这样的意见，这种意见认为禁止"通过任何损害契约义务的法律"和州立法机关自由裁量权的正当行使是不相容的，他们与所有政府一样享有规制它们自己的法院提供的救济。我们认为这种（契约）义务和救济是互不相同的。前者是由当事人的行为创设的，而后者则是由政府提供的。我们认为，我们正在考虑的那种限制性规定的措辞支持了这种观点。任何州都不能"通过任何损害契约义务的法律"。这些措辞，在我们看来，意味着这种（契约）义务是内在的，它是由契约本身创设的，并不依赖于使契约得以强制实施的法律。当我们注意到美国政治家早年的通常读书历程，我们只能推定我们的宪法制定者对那些智慧博学的人们的作品了如指掌，而这些人在自然法和国际法方面的论文支配着公众对义务和契约这些主题的观点。如果我们求诸那些论文，我们会发现它们支持了这样的一个断言：契约拥有一种原初的内在义务，它来源于意志自由者的行动，而并非是政府所给予的。我们只能推断我们的宪法制定者对这个主题采取了与此相同的观点，而他们所用的措辞也证实了这种意见。……

若不注意当时赋予第一条第十款的极度重要性，我们就无法理解当时的历史：为了将十三个独立的主权置于一个政府之下（这对实现联邦的目的来说应该是必需的），整个人民通过他们的代表举行了庄严聚会。改变债务人和债权人相对状况的权力、干预契约的权力（这个权力每个人都熟悉）触及了所有人的利益，并控制那些本应由每个人自己管理的事务，当时这种权力被州立法机关过度行使，以致打断了社会的正常交往，并完全摧毁了人与人之间的相互信任。危害是如此之强烈、如此让人震惊，以至不仅损害了商业交往、威胁到信用的生存，而且还侵蚀了人们的道德、摧毁了私人信赖（private faith）的圣洁。防止这种祸害的持续，是这个伟大社会所有真正明智而又道德高尚的人深刻关注的一个目标，并且是通过政府改革所能获得的重要益处之一。

在这个微妙而又引人关注的主题上对州立法机关进行限制，所有那些对我们国家当时所处的状况持有通达而又全面观点的爱国者认为是必要的，而这一原则很早就进入了后来提交给制宪大会的各种不同的政府方案之中。在制定一个准备永久适用的宪法时候，有一个重大假设：宪法引入的每一个原则同样是永久性的，一项明示要永久实施的原则，也旨在实践中这样被实施。但是原告的律师所声称的那种解释如果是正确的话，那么宪法就应当会对有关表明此种永久性措辞加以限制，而这是联邦中的任何一州都可以任意回避的。生效契约的义务，在任何时候，存续的时间都很短，而如果仅是禁止溯及既往的法律，那么在非常短的时间内，对每一个这样的法案来说，其被禁止适用的对象就会不再存在，从而使得宪法的这个条款形同虚设。这样，宪法要引入的就不是一个重大的原则，也不是要禁止所有这样可憎的法律，而只是在一段时间内暂停这些法律的适用，或者排除这些法律对既存案件的适用。这样一个目标根本就没有重要到足够使之在宪法中找到自己的位置的地步。……

同样值得考虑的是，招致宪法所试图阻止的所有危害的那些法律，在它们

的实施中，除溯及既往之外，也适用于未来。它们对未来契约适用，也对在它们通过之前缔结的契约适用。将这样一种意图强加给制宪大会（制宪大会所采用的语言没有表明他们有这样一个意图），说制宪大会规定的原本是为了阻止那些危害再度发生的限制，针对的仅是溯及既往的立法，更没有理由。……

（邓海平译　史大晓校）

10. 普罗维登斯银行诉比林斯案（*Providence Bank v. Billings*, 4 Peters 516 [1830]）

如预想的那样，*Dartmouth College* 一案导致法人过分主张特许状权利。工商界施压要求对法定特许状和特许权进行宽泛解释，以使它们包括最大限度的特权。一些州通过了宪法修正案或一般制定法以保留变更特许状的权力，而其他一些州则在具定的特许状中规定了这样的条款。对特许状进行严格的司法解释是限制一些极端主张的另一策略。在本案中，约翰·马歇尔（John Marshall）不失时机地带头朝这个方向前进。1791 年特许成立普罗维登斯银行（the Providence Bank），拒绝缴纳罗得岛州 1822 年规定的一项银行税。它宣称它最初的特许状没有规定这种税，因此这项新的法案损害了契约义务。

首席大法官马歇尔（Marshall）宣布法院判决如下：

就像两个私人之间的契约一样，州和个人之间缔结的契约受宪法第 1 条第 10 款的完全保护，这是确定无疑的，并且，不可否认设立一个银行的特许状是一个契约。这个契约是否因对该州银行征税而受到损害？

这个问题须由特许状本身来回答。

它不包括许诺税收豁免的规定。这样，该州就没有明示承诺被原告提起诉讼的法案损害。在特许状中找不到任何言辞，本身即可以支持任一当事人关于征税权的观点，以及意图豁免的观点，尽管不是明示的豁免。原告发现，要证明特许状中包含一个不对该银行征税的允诺都极端困难不论是明示还是暗示的。精妙而天才的论辩实质上是这样的：该特许状授权该银行在金融交易中利用它的资产为股东谋取利益，该特许状要求该州允许为此目的而进行这些交易，任何直接干预银行业务的法律都是对这一义务的违反，并属宪法禁止的范围。但是由于也不能迂回进行那些不能直接进行的行为，该特许状禁止该州通过可间接破坏该银行利润的任何法律。对该银行征税的权力无疑会被过度行使，以致吞没银行的所有利润（甚至不仅是利润）并为州所用，最终会摧毁该银行本身。不论权宜规则（rule of expediency）为何物，一项措施的合宪性并

不取决于它实施的程度，而在于它的原则。因此，一项实际上会摧毁该特许状的权力和特许状是不相容的，而授予特许状就暗示着对该项权力的放弃。这样的权力的行使不可能不损害契约义务。将这种权力推向极至，或适度行使，该权力都是一样的，它和该特许状授予的权利完全是势不两立的。大体上，这就是银行的论述。原告引用并依据本院在各种不同场合表述的意见，以支持这些主张。

普罗维登斯银行的主张当然是开创性的。对金融性公司征税的权力已频繁地得到行使，而此前，就我们所知，从未遭到抵制。然而，这种主张的新奇性无法构成否定该权力的决定性论辩。

征税的权力是至关重要的，它为政府的存在所必需，这些是没有必要再加以证实的真理。这些事实为所有人主张和认可。似乎从来没想放弃这一权力。我们并不是说一州不可以放弃这一权力，也不是说不存在有足够价值的因素可导致部分放弃它，而是说，当整个社会希望它不受任何削弱，这个社会就有权认为，在一个案件中在该州放弃该权力的明示目的未出现就不能认为该权力已被放弃。

原告对这个特许状作出的解释，似乎它包含了一个该银行的存货应免于税收的条款。但难道能这样设想，这样的一个条款没有扩大该特许状中的特权？他们争辩说这样的条款必定是暗含其间的，因为行使征税的权力可能会完全阻碍授予该特许状的目的的实现。但是难道其他的立法权力不也是如此吗？难道这个权力不是对每一个法人公司同等适用吗？成立公司法人的目的可以是进行货物贸易，也可以是进行货币生意。如果一州的政策可以对非法人公司征税，那些法人公司难道可以根据未指明免税意图的特许状而主张（税收）豁免？向生产者征税的时代可能会到来，而难道法人公司可以仅因其特许状而免于此种税收？

设立法人的重要目标是赋予一个不断变化的人的群体以个人的权能和特性。这样的一个集合一向就被赋予此种权能，而使之拥有免于每个个人都有的负担的任何特权，并不自然来自于该特许状，而是要在特许状中明示，否则这样的特权就不存在。

如果因为征税权力的行使可能会摧毁授予该特许状的目的，征税权力就和该特许状不相容，那么同样的，这种权力和任何其他特许状亦不相容，因为它也可摧毁授予其他特许状的目的。……然而，征税权力行使可能导致吞没这些利润。这是否损害了该契约的义务？这个观点为所有人所拒绝。这一主张如此过分，以致要在这些案件中找到任何类同之处是非常困难的。即使原告的这一主张是正确的，它亦会让我们达成这样的认识。原告的主张认为，如果一项权力的行使本身就可以完全摧毁该项授权，那么该权力就与该项授权是不相容的，因此，授权者必定已默示放弃了这一权力，尽管该特许状的措辞并未提及这个问题。如果这是一个抽象的真理，那么它必定是普遍的。但它并非是普遍的，因此，在任何案件中，它的真实性都无法以此种宽泛的条款而得到承认。我们必须在该特许状的语言中找寻这一豁免权，如果我们在那里没有找到，通过解释强加就走得太远了。

立法权及随之而来的征税权力，对属于这个国家的所有人和财产都适用。这是一个根本原则，其基础存于社会本身之中。所有的人，为了他们的利益，

都同意这个原则。它作为政府的一部分而属于政府，无论何种财产或是以何种方式使用这种财产的权利被授予了个人或者法人组织，它亦不需受到任何限制。不论个人的权利是如何的绝对，该权利都必须承担公共负担的一部分，这是该权利性质的应有之意，而承担的部分必须由立法机关来决定。这一至关重要的权力可能会被滥用，但合众国宪法并不打算对州政府可能犯的每一种权力滥用都进行纠正。代议机关的兴趣、智慧和公正，以及它和选区的联系，当没有明示契约存在时，提供了防止不公平的和过度的税收的惟一保障，同时也是通常用来防止不明智立法的惟一保障。……

（邓海平译　史大晓校）

（五）贸易条款

11. 吉本斯诉奥登案（*Gibbons v. Ogden*, 9 Wheaton 1［1824］）

州际间的贸易对抗和贸易战争是导致邦联政府软弱无力并最终崩溃的原因之一。如果美国要实现其作为巨大共同市场的潜力，必须将各州的贸易壁垒和贸易规章置于统一的国家权威之下。为了实现这个目标，宪法授权国会规制州际间的以及与外国的商业活动。对国会的此项授权是直接的，但范围却含混不清。国会此项权利是排它的吗？各州是否也拥有某种共同管辖权？"商业"的确切含义到底是什么？尽管在18世纪80年代人们就对此有着广泛的兴趣，但直至本案发生的1824年，商业条款的性质才受到检验。1808年，纽约州授予罗伯特·莱文斯顿（Robert Livingston）和罗伯特·弗尔顿（Robert Fulton）在该州水域的汽船运输专营权。他们又转将新泽西和纽约之间的运营权转租给艾伦·奥登（Aaron Ogden）。佐治亚州的托马斯·吉本斯（Thomas Gibbons，曾是奥登的合作伙伴），得到联邦根据1793年的《联邦海岸航行法》（The Federal Coasting Act）而颁发的许可证，于1818年开通新泽西至纽约航线，与之进行竞争。第二年，奥登在州法院成功获得限制禁令，吉本斯随后就此上诉到最高法院。

首席大法官马歇尔（Marshll）宣布法院判决如下：

在我们聆听就宪法当庭进行的激烈精彩的辩论之前，就有人提到在宪法诞生之前的各州政治状况，对随后的宪法构建有一定影响：它们拥有主权，并完全独立，仅因一个联盟而彼此联系在一起。确实如此，但是，当这些联合在一

起的主权将联盟改造为一个政府，当它们所委托的就其共同利益进行商讨并提出对总体有利的措施的各州大使会议（congress of ambassadors）被改造成一个对其最关注的事项拥有立法权的立法机关，各州的整个性质就发生了变化；而我们必须对导致这一变化的宪法作充分考察，才能把握这一变化的深度。

宪法列举了人民明确授予政府的权力。……除了依循宪法本身的赋予这种权力的语言来解释这些权力的范围外，我们不知道为了实现宪法赋权之目的，还能采取其他任何的解释规则。

宪法规定："国会有权管理与外国、各州之间，以及同印第安部落进行的商业活动。"

在这里，受到管理的是"商业"。而正如在法庭辩论时被恰当指出的，我们的宪法采取的是列举而非定义的方式；因此，要确定该权力的范围，就有必要澄清该措词的意思。被上诉人的律师将它限定为交易、买和卖、或者商品交换，不承认包括航运。这样，就使得一个本适用于许多对象的普遍性条款被限定在其所有含义的某一个方面。商业，毫无疑问是交易，但不仅如此：它还是相互交往。它描述的是国家之间、国家各部分之间的商业往来的各个方面。为了商业往来的需要，国家制定规则、进行管理。很难想象，一个管理国家间商业往来的制度可以排斥所有和航运相关的法律，可以对是否允许一国船只进入另一国的港口不闻不问，可以仅限于制定具体的买和卖或物物交换过程中的个人行为规则。

如果商业不包括航运，那么合众国无权直接管理航运，也不能制定规定何为美国船只、或要求这些船只由美国海员驾驶的法律。然而，规制航运的权力，自政府成立之初就一直在行使，也得到所有人的同意，并被所有人理解为商业规制。在整个美国，人们都理解，并且一直也这么理解，"商业"一词包括航运。在制定宪法之时，它是这样被理解的，也必定是这样被理解的。商业规制权（包括航运规制权），是美国人民建立政府的几大主要目标之一，他们在建立政府时必已对此深思熟虑。制宪会议一定是在那个意义上使用了"商业"一词，因为所有人都在那个意义上理解该词，而限制其范围的企图或许来得太迟了……

因此，宪法中使用的商业一词，包括、并且一直被理解为包括航运，这并未超出该词的意思，而对航运进行规制的权力，已被明确授予国会，这就好像航运已被附加于"商业"一词本身一样明确。

而此项权力适用于哪些商业呢？宪法告诉我们，它适用于"与外国、各州之间和同印第安部落进行的"商业。

据此，我们相信，人们普遍认为这些词句包括了美利坚与外国商业往来的任何方面。没有任何在美利坚和其他任何国家间进行的贸易活动，能不受本权力管辖。宪法中使用的"商业"一词，是一个整体，其任何方面都包含在该词之中，这是确信无疑的。

如果我们承认在对外贸易中，该词的意思就是如此，那么在整个条款中该词的意思都必须如此，依然是一个整体，除非有其他显而易见的理由而使该词的意思发生改变。

国会此项权力适用的另一个对象是"各州之间的商业活动"。其中的"之间"（among）意指混合在一起。一个存于其他东西"之间"的东西，也就是

和它们混合在一起。各州之间的商业活动，不能仅在各州的边界处戛然而止，而是可以进入其内部。

这当然并不是说这些措辞适用于发生在同一州内部两个人之间的、或者同一州内不同部分之间的、并没有延伸至他州境内或影响他州的完全内部的商业活动。这样的权力将是不合时宜的，也完全没有必要。

尽管“之间”一词含义丰富，但是将之仅限于关涉多于一州的商业活动是十分合适的。它不是一个可能被用来表示完全属一州的内部交易的词，因为它的意思于此目的并不切合。并且，如果该词意指此项权力适用于商业的任何种类，那么就不会对适用于该权力的具体商业种类进行列举。列举就预示着有些东西是未被列举的，并且，如果我们考察该条款的语言或其主旨，这些东西必定就是指完全属于一州的内部商业活动。整个政府的特征似乎是，将其活动致力于所有国家外部事务，致力于对各州有普遍影响的内部事务，但不是那些完全属于特定一州的事项，不是那些对他州没有影响的事项，也不是即使为行使某些一般政府权力目的却不必干涉的那些事项。那样，完全属于一州内的内部商业活动，就应当被认作是保留给了各州自身。

但是，在管理与外国的商业活动的过程中，国会的权力并非止于各州的边界线。如果不能突破这些边界线，那么国会的权力就名存实亡。美利坚合众国与外国的商业活动，是整个美利坚合众国的商业。每个地区都有权参与其中。穿越我们国土的朝各个方向奔流不息的深深河流，几乎通过联邦内每一个州的内部地带，并提供了行使这一权利的手段。如果国会有权对之进行管理，那么这项权力就必须在其对象存在的任何时候都适用。如果其对象存于各州之中，如果一项涉外航运可以在一州的某个港口起航或者结束航程，那么国会的此项权力就可以在该州之内适用。

当这项原则被适用到“各州之间的”商业，可能将更加清楚。各州或者相互毗邻，在这种情况下，它们仅因数学意义上边界线而分开，它们或者相距甚远，在这种情况下他州处于它们之间。到底什么是它们“之间”的商业，又是如何进行的？毗邻两州之间的商业运输可以在它们之外开始并结束吗？而如果商业交往发生在两个相距遥远的州之间，难道不是得在其中一州开始，在另一州结束，并可能经过第三州吗？……

现在我们已须探察：此项权力到底是什么？

它是管理权，也即制定管理商业的权力。这项权力，像授予国会的其他权力一样，其本身就是完整的，可以在其最广泛的范围内行使，并且不受除宪法规定之外的其他任何限制。这些都已被清晰地表述，并且对本案中提出的问题或当庭辩论中提出的问题没有什么影响。如果按照通常的理解，国会的至上权威，虽然被限于特定对象，但对这些对象来讲是绝对的，那么，规制与外国的商业和各州之间的商业的权力，是被绝对地置于国会，就像置于一个单一制政府中，其宪法中所作的该项权力行使的限制将和在美利坚合众国宪法中的限制别无二致。……

然而，有人极端热切的强调，尽管国会管理与外国的商业和各州之间的商业的权力，自身是和其管理对象共生并存的，并且不受除宪法规定之外的其他任何限制，但在其各自的辖区内，各州可以独立行使同样的权力。为了支持这一论辩，他们说：在宪法产生之前，此项权力是作为州主权不可分割的一个特

征而被各州享有，并且现在还保有这一权力，除了它们已通过宪法而放弃的部分之外。这条原则得自于联邦政府的性质，并被宪法第十修正案所保障。一个肯定性授权不是排他的，除非因该权力之性质，由其先前的拥有者行使将导致与该授权冲突，但商业规制权不是如此。

除了最后一点外，上诉人承认这些假设是正确的。对最后一点，上诉人争辩说，对特定对象的绝对权力，就暗示了完整的权力，不容任何保留（residuum）。一项完整授权是和任何另一方享有该权力的任何部分都完全不相容的。

双方都诉诸宪法、立法法案和司法判决；并由此提出论辩以支持、阐明他们各自所持的主张。……

我们的复合体系呈现出一个少有的困难局面：联邦政府管理整个国家的事务，但却只拥有某些列举的权力。同时，为数众多的州政府保有并行使所有未让渡给联邦的权力，在这样的情况下，权力的竞争势必出现。即使情况相反，联邦政府行使其公认的权力时所采取的措施，很可能也经常属于同一种类，并且有时还会相互冲突。而这一点，并没有表明一方在行使或有权行使他方的权力。……

上诉人的律师争辩说，既然“管理”一词，依其性质意味着对被规制对象的绝对权力，那么它就必然排除所有其他人针对相同对象行使同样的权力。该项规制权是为整个决议（宪法）设计的，不仅对那些未经修正的部分适用，而且也适用于那些已经修正的部分。它是一个统一整体，不论是改变该权力赖以运作的基础还是该权力设计所不欲干涉的事项，都会打乱和破坏这个统一整体。

这一论辩雄厚有力，本院深表赞同。

然而，既然在行使其纯属内部事务的管理权时，不论是贸易还是治安事务，各州有权颁布法律，但这些法律是否有效取决于它们是否与国会根据宪法所颁布的法律抵触甚至完全相悖，本院就有权对纽约州的法律（如州最高司法机关[①]所解释的那样）进行审查，当这些法律适用到本案中，是否和国会所颁布的法案冲突，即是否剥夺了该国会法案所赋予公民的权利。如果冲突存在，那么，那些法律是根据该州享有的“管理对外商业和州际间商业”共同管辖权制定的，还是根据其所享有的管理内部贸易和治安事务的权力制定的，都是无关紧要的。无论如何，纽约州的法律必须服从国会的法律，而维持该州法律所给予的特权的裁决，若与联邦法律所授予的权利相抵触，肯定是错误的。

这一意见，本院已一再表达。这个意见不仅建立在政府的性质基础上，同时也建立在宪法的文字基础上。然而，有人在论辩中主张，如果一州行使其被认可的主权颁布的法律和国会根据宪法所颁布的法律冲突，那么，就像两个对立但对等的权力一样，它们影响了被管理的对象，并相互影响。

但是，宪法制定者对这种情况早有预见，为此他们不仅规定宪法的至高无上，同时也规定依其制定的法律的至高无上。对宪法至高无上的宣示才导致任何与宪法不一致的法律的无效。将该条款中赋予法律和条约同等的至高无上性的那部分最恰当的适用，是适用于由各州立法机关制定的与国会依宪法制定的法律或美利坚合众国所签订的条约相抵触或者冲突的，法律——尽管这些立法

① 在纽约州，最高司法机关即为纽约州上诉法院。——译者注。

是在行使各州公认的权力，并且各州的立法机关也没有超越自己的权限。在任何此类案件中，国会制定的法律或者条约，都是至高无上的，而州制定的法律，尽管是根据其无可争议的权力而制定的，也必须服从于它们。

在对此进行审查的时候，有人声称不是宪法授予各州之间交往的权利。该权利渊源于全世界文明人都承认其权威的那些法。确实如此。宪法发现它是一个既存的权利，并进而授予国会管理它的权力。在行使这一权力的过程中，国会曾颁布了一个“从事海岸贸易、渔业的船只登记、许可及管理的法案”。被上诉人的律师称，此法案并没有给予从一港口航行到另一港口的权利，而是仅限于管理一个既存的权利，迄今为止，在该法案实施的过程中，也只是授予经登记了的或经许可的船只某些特权而已。

问题随即而生：当立法机关给其有完全控制权的某项权利的行使附加一定的特权或者豁免，那么该法律就一定暗含了行使该权利的权力。若权利本身已不存，特权也就无从依附。说一州不能剥夺为行使一项权利而附随的具体特权，但却可以使该权利本身陷于无效；或者说纽约州不能禁止一个经登记或许可的船只，在从新泽西州的伊丽莎白城（Elizabethtown）至纽约进港的航程中享受国会法律所赋予的所有特权，但却可以将之关在其港口内，并禁止其进入他州的水域或港口，是完全没有道理的，也和世间常理（the course of human affairs）完全相悖。在本院看来，根据制定法解释的原则，管辖海岸贸易的整个法案，意味着对经许可进行海岸贸易的船只的管辖权，这一点再清楚不过了，不容置疑。……

在本院看来，对这个问题所有的考察现在就只剩下一点了，那就是刚才已经提到的那一个“轮船登记和许可法案”（An act for the enrolling and licensing of steam-boats）。

该法案规定，居住在美利坚合众国境内的外国人完全或部分拥有的轮船，若仅在或打算仅在美利坚合众国的内河或港湾运营，则必须如同美国公民拥有该轮船那样，给予登记和许可。

这一法案表明了国会的观点，即和帆船一样，轮船也可以获得登记和许可。因此，它们当然就应像那些帆船一样，享有同样的特权。其在那些帆船可以自由航行的水域上航行，或进入那些帆船可以自由进入的港口，不能受到任何的限制，就如同它们是靠风力驱动，而非火力驱动的船只一样。出于联邦法律许可的任何商业目的，两种动力驱动方式的使用都是合法的。若一州的法律禁止经该国会法案许可的船只使用其中任何一种方式，那么，我们认为，这个法律就和该国会法案完全冲突。

这就足以对本案作出论断，因此就没有必要对宪法中授权国会促进科学和实用技艺（useful arts）的发展部分进行考察了。……

我们得出的结论是建立在一系列原则的基础上的，这些原则的一致性有必要保持不被破坏，并且，尽管其中一些原则被认为几乎是不证自明的，但考虑到该问题的重要性，考虑到那些持不同意见者的角色分量（the weight of character），并考虑到对这个案件的当庭辩论，我们不应对任何事情进行臆断。

视明示授予联邦政府的权力，必须解释为在尽可能狭小的范围内适用，并且只要有任何解释允许，各州就得保留它们的初始权力为当然。通过以上述前提为基础的简练但却精致而抽象的推理有力且精巧的想法可能使我们的宪法消

于无形，使之成为一个仅适合观赏、但却没有实际用途的华丽构建。他们可使人们的理解复杂而混乱，以致原本被认为非常浅近的原则晦涩难懂，以致在通常思考不会引发任何疑问之处产生团团疑云。在这样的情况中，诉诸可靠而根本的原则以维护那些原则，并用得到维护的原则作为需要审查的论辩的试金石，就显得格外必要。

（邓海平译　史大晓校）

12. 威尔森诉黑鸟河沼泽地公司（*Willson v. Black Bird Creek Marsh Co.*, 2 Peters 245 [1829]）

> *Gibbons v. Ogden* 一案留下了各州是否对州际间商业没有任何程度的共同管辖权的问题。五年后，在下面的这个案件中，马歇尔为各州管理联邦政府未管理的商业打通了道路。特拉华州授权被告改良沼泽地，为此目的，被告在一条可通航的河流上建筑了一个大坝。威尔森诉称该河是一条"公共的可通航河流"，通过"某种公共的方式"，所有美利坚合众国公民都可以自由地通过。法院面临着一个典型的政策倾向性的选择：要么认定这是该州权力为了大众总体福利的有效行使，以支持该州的行为，要么借机扩张潜在的、但却在很大程度上还未拓展的联邦政府（the national government）的权力。像通常的情况一样，最终在现实和实用的基础上作出了判决。

首席大法官马歇尔（Marshall）宣布法院判决如下：

本院的管辖权既已确立，就须对一个更令人困惑的问题进行考察：授权组建黑鸟河沼泽地公司、并授权其建立跨越该条河流的大坝的法令，是否和宪法抵触。起诉状诉称该条河流是可通航的，其性质几乎等同于一条公路。

注：建筑大坝的权利是由议会的法案授予的，该法案清楚地表明这是很多条河流中的一条，它穿越一片和特拉华州相邻接的深而平坦的沼泽地，水流在其间蜿蜒而行。清除沼泽地中的积水，沿岸物产的价值一定会提高，而居民的健康状况或许也会得到改善。为实现这些目的而采取的措施，只要不和联邦政府的权力相冲突，毫无疑问属于各州保留权力的范围。但是这个法案所认可的措施阻断了一条可通航的河流，可以料想一定侵犯那些习惯利用这条河流的人。但这种侵犯，除非与宪法或者美利坚合众国的法律相冲突，是特拉华州与其公民的事务，本院对此无权管辖。

复审诉讼中原告的律师坚持认为它[①]和美利坚合众国"管理与外国的和各

① 指授权黑鸟河沼泽地公司改良沼泽地的法案——译者注。

州之间的商业”的权力相冲突。

如果国会颁布了和本案相关的法案，或为行使商业管理权而颁布了任何的法案——这些法案的目标是控制有关狭小但可通航的蜿蜒河流的州立法（这样的河流在整个中南部各州地势较低处数量众多），那么，说某个州立法和这样的法案相冲突，我们不会感到有太多的困难。但是国会并没有通过这样的法案。因此，该特拉华州法律是否和宪法相抵触，完全取决于它是否和管理对外的和各州之间商业的权力相抵触。而此项权力的行使，还没有到影响这个问题的地步。

我们认为，授权黑鸟河沼泽地公司在该条河流上建筑大坝的法令，在本案所涉的全部情况下，哪怕是在潜在意义上，都不能被认作和商业管理权相抵触，或者与任何已通过的商业管理法律相抵触。

原判无误，予以维持。

（邓海平译　史大晓校）

三、联邦与州的平衡：坦尼时代（1837—1864）

（一）联邦司法权

（二）州政府的管理权

（三）奴隶问题

（一）联邦司法权

1. 路德诉博登（*Luther v. Borden*, 7 Howard 1 [1849]）

本案是确立法院不裁断政治问题这一原则的主要渊源，判决中的观点多次被引用，尤其是作为法院不愿或不能介入某些宪法纠纷时的合理化论证。*Luther v. Borden* 一案源自于19世纪40年代初在罗德岛上发生的"多尔叛乱"（Dorr Rebellion），当时的叛乱政府力图控制该州。本案曾被希望确定该州的合法政权，但法院拒绝予以干涉。对于保证各州拥有共和形式之政府的宪法条款来说，首席大法官坦尼（Taney）的观点同样也是经典阐述。但具有讽刺意味的是，南方诸州重建时期（reconstruction era）的共和党人虽然曾因 Taney 在 *Dred Scott* 一案中的立场而对其恶言相向，却引用了他在 *Luther v. Borden* 一案中的话证明议会重建南方诸州权力的合法性。

首席大法官坦尼（Taney）宣布法院判决如下：

本案源自于一场不幸的、因政治分歧而引起骚乱，该骚乱于1841至1842年间发生在罗德岛。

这是由原告路德（Luther）对被告博登（Borden）等人擅自闯入原告住宅而向罗德岛联邦巡回法院提起的一项侵权诉讼。被告的辩护理由是，当时许多人均以用武力推翻政府为目的在该州的不同地方集会，而且事实上是对该州发动了战争。为了抵抗叛乱，该州由合法政府宣布实施戒严法。原告参与了叛乱。被告在该州军队服役，依据其长官的命令，为了逮捕原告而闯入并搜查了原告有可能藏身的房屋，而且尽可能的减小损害。原告辩称这种侵入是被告自身行为不当，并不存在任何理由。对于该辩称的问题，当事双方诉诸审判。……

被告所服务之政府的存在和权威遭到了质疑，而且原告坚持认为，在被告进行被诉行为之前，该政府已被罗德岛的人民取代并废止，原告从事的是支持该州合法政权的行为，而被告自己才是以武力反抗合法政权。

这是本院面临的一个新问题，而且无疑是一个极其重要的问题：当这项被指控的侵入行为发生之时，其已在该州激起了全面和惨痛的骚动，几乎以流血和内战而告终。

证据显示，被告闯入原告的房屋并试图逮捕他，正如诉状所述，是根据美国独立宣言时期在罗德岛建立的政府当局的授权行事的，该政府那时又称为自治殖民地政府。脱离英国时，罗德岛并未像其他州一样通过新宪法，而是继承了根据1663年查理二世的特许状建立起来的政府架构。根据立法机关的法案，

该架构仅仅为了适应其作为独立州的新情况和权利而作了必要的改变。

在这种政府架构下，不存在制定修正案的任何程序模式。它授权立法机关规定选民的资格，而在行使该权力时，选举权被限定在地产完全保有人的手中，直到1843年宪法的通过。……

巡回法院否认了此项证据，并指示陪审团：在侵人行为发生之时，被告据以行事的自治（殖民地）政府及其法律，作为该州的政府组织与最高法律，具有完全的效力，正如答辩状中所述，构成了被告行为的正当理由。

我们正是要审查巡回法院的这个观点。该观点主要是针对个案提出的，但如上所述具有实质意义，所提出的问题无疑是一个非常重大的问题。因为，如果本院被授权着手进行由原告提出的调查，并确认特许状政府在上述期间无合法的存在依据——如果它已被对立政府所废止——那么当时由它的立法机关通过的法律是无效的；税收是非法课征的；其官员的薪水与奖金亦为非法支付的；它的公共账户为非法设立的；其法院对民事及刑事案件的判决亦为无效的；同时相关的执法官员应被称之为侵人者，即使在某些案子中不被称为罪犯。

当法院的判决会导致如此结果时，有责任在行使管辖权之前仔细审察自身的权限所在。

无疑，迄今任一州法院都不认为原告通过证词试图提出的问题是司法的问题。……

但法庭一致主张原告要求予以审察的问题属于政治权力的范围而非司法范围，应由政治权力决定特许状政府是否已被取代，而且这个决定一旦作出，司法部门有义务注意到其作为该州的最高法律，不需要口头证据或询问证人。……

事实上，我们没有看到哪个州法院对这样的问题进行审理并作出司法判决。司法权力已预先假定了一个能够制订和实施法律、并且任命法官去解释和执行法律的现行政府。接受了司法官的职务即是承认该职务源自的政府权威。……

目前被提出的问题已经由罗德岛的法院作出了判决。总而言之，这个问题与该州的宪法和法律相关。而本院的明确原则是，对于仅仅涉及州的宪法和法律的问题，联邦法院采用和遵从州法院的判决。

审理该案的联邦巡回法院是基于什么理由偏离了这项原则，无视并推翻了罗德岛法院的判决呢？毫无疑问，联邦法院基于美国宪法和法律拥有某些不属于州法院的权力。但确认一个已被州法院否认的州政府为合法成立的权力却非其中之一。对于这样的问题，联邦法院有义务遵从州法庭的判决，因此必须将特许状政府视为在诉讼期间合法成立的政府。

此外，如果巡回法院已经进行了这项审查，那么如果不经由该州以前的法律予以指引，它能依据什么规则去确定在承认或否决宪法提案方面的选民的资格呢？法院的权限在于解释而非制定法律。而且，美国任何法院均不包括这样的职能，即规定一州中选民的资格，将这项权利给予那些被该州的成文宪法和法律所拒绝的人，或从那些已被给予权利的人手中剥夺这些权利。他们也没有权力去决定一州的公民应享有什么政治特权，除非存在确定的宪法或法律支持这项判决。

不仅如此，联邦宪法就其针对此种紧急状况而授权联邦政府涉入州政府内部事务的规定而言，视此问题为政治性问题，而将这种权力授予相应的行政部门。

联邦宪法第四条第四款规定，美利坚合众国将保证联邦各州拥有共和形式的政府，并保护他们免受侵略，同时通过立法机关或行政机关（当立法机关不能被召集时）制止境内的暴力骚乱。

基于宪法的该项条款，国会被授权去决定何种政府是一州内公认的政府。因为既然合众国要确保每一州共和形式的政府，那么国会在判断是否为共和形式之前，必然需要决定该州中何为公认的政府。当一州的参议员或众议员被联邦议会所承认，即意味着任命他们的政府当局及其共和制的特征亦被适当的宪法权威予以确认。同时国会的决定对政府其他部门均有约束力，而且不能在法庭上遭到质疑。……因此决定权是在那里，而非在法庭上。……

原告所提出的大部分理由均涉及政治权力和政治问题，而法院被要求对以上问题发表意见。我们拒绝这样做。本院被授予崇高的权力对各主权州的行为和联邦政府的立法及行政部门的行为做出判决，并判定他们是否超越了联邦宪法分别授予他们的权限。因此本法院最不应该超越自己的管辖权边界。虽然法院应该随时准备去解决宪法托付给它的问题，但它同样不应该超越其行为的适当范围，并注意不将自己卷入到应当属于其他部门解决的争论中去。我们相信，没有人会去质疑这种主张，依据这个国家的体制，每个州的主权属于该州的人民，而且他们可以依据他们自己的愿望去改变政府的形式。但他们是否改变了政府或者废除旧政府代之以新政府。这是一个需由政治权力解决的问题。而一旦政治权力已做出决定，法院就有义务注意并遵从。

因此巡回法院的判决必须予以维持。

（王瑛译　王晴校）

2. 詹尼斯轮船诉菲茨胡夫（*The Propeller Genessee Chief V. Fitzhugh*, 12 Howard 443 [1851]）

> 宪法将海事管辖权授予了联邦法院。英国和美国的先例通常将海事管辖权限制在受潮水涨落影响的地区，在最近的 *The Steamboat Thomas Jefferson*（10 Wheaton 428 [1825]）一案中，最高法院已确认了这种实践。但轮船的发明和人口基数的增长扩大了内陆水域尤其是大湖地区的贸易。1845 年，国会通过法案将联邦海事管辖权扩展至发生在内陆湖和可航行水域的某些案件。此项措施的合宪性遭到了严厉攻击，而坦尼（Taney）在 *Genesee Chief* 一案中即致力于解决这个问题。正像在 *Charles River Bridge* 一案中那样，Taney 再次将宪法原则与技术变革和经济现实进行了调和。

首席大法官坦尼（Taney）宣布法院判决如下：

这是一桩发生在安大略湖上的船舶碰撞事件。原告为古巴号帆船的船主，而被告即现在的上诉人是 Genesee Chief 轮船的船长和船主。原告诉称，1847 年 5 月 6 日，当古巴号在自俄亥俄州的 Sandusky 至纽约州的 Oswego 的航程中，沿湖逆流而上的 Genesee Chief 号与其发生严重的碰撞，以致此后不久古巴号就连同所载货物一并沉没了。原告还认为，这场碰撞是由于轮船船长与船员的不当操作与疏忽造成的，古巴号的船长及员工没有过错。被告否认该事故由于轮船的过失造成，而将其归因于帆船驾驶的疏忽大意。

这项诉讼的程序为对物诉讼（*in rem*）程序，而且在实质上和形式上都是海事诉讼。该程序的启动基于 1845 年 2 月 26 日的立法（见 5 Stats at lange 726）。这项立法将地区法院的管辖权扩展至湖泊和相连的航行水域。地区法院作出了有利于原告的判决，而且此判决在巡回法院获得了维持。本次上诉即针对该巡回法院。

但在我们审察这场诉讼的实质问题之前，首先要解决的是管辖权问题。虽然这些诉讼基于的立法在国会获得通过，但其合宪性遭到了严重质疑。每逢遇到海事管辖权的问题，本院的用词与判决似乎都在暗示，依据联邦宪法，管辖权仅限于潮水涨落的水域。尽管如此，有观点认为对海事权的如此定义要窄于宪法原意所指的范围，这种确信正随着西部各州湖泊和可航水域上商贸活动的增长而变得日益强劲有力。……

如果海事管辖权仅限于潮水涨落水域，美国联邦法院对争议水域的管辖将不超过在普通法和衡平法中对案件的通常管辖范围。而且在本案情况下，如果争议双方是同一州的公民，则联邦法院没有管辖权。这是对司法授权的明文限制，没有任何的国会立法能够扩展它。……

因此，如果这部法律是合宪的，它就必须基于这样的理由，即这些湖泊和与它相连的可航水域处于海事管辖权的范围，这在宪法通过的时候就已为全美国了解和承认。

如果这些术语的含义现在是第一次呈递到本院予以审议，我们认为应该毫无犹豫地说，湖泊和与之相连的水域是包含在这些术语之中的。这些湖泊事实上是内陆海。它们一边是各州的分界，一边是另一个国家。各州与外国之间庞大的和增长着的贸易均在此进行，并受到海上各种事故与危险的影响。敌方舰队曾与之遭遇，货物被敌方缴获，而且每项授予联邦政府在大西洋行使海事管辖权的原因对湖泊也同样适用。……

另外，联邦是以各州权利平等为基础而组成的。在每个商业国家，海事法院都是必要的，这不仅是为了商业的安全与便利以及争议的迅速解决——在这里延迟通常意味着灾难，也是为了战争时期实施国家的法律，并确定捕获的合法性及是否在司法程序中有无捕获的问题。如果将这些权利限定在邻近大西洋的各州及与之相联的潮水水域，却拒绝将这些权利给予靠近湖泊及穿越西部的大河流域的各州，这样做是与联邦赖以建立的首要原则相抵触的。当然这并非宪法缔造者们的本意，而且如果本法院最后这样解释，则必然会给公众造成很大的不便，同时也不能实现宪法缔造者们所追求的伟大目标之一：也就是，不同州的公民在权利与特权的享有上绝对平等，其不仅表现在联邦政府的法律上，也表现在执行法律的方式上。如果违背了宪法向沿大西洋各州进行的保证，使在湖泊及西部可航水域的商贸利益得不到同样的法院和同样的管辖权的

保护，那么这种平等将不复存在。

对这种管辖权的惟一异议是，湖泊及相连水域没有潮汐，而在英国以及宪法通过时的美国，众所周知，海事管辖权是限制在潮水涨落区域的。

现在，并没有什么理由使潮水的涨落区域特殊地适用海事管辖权，而海潮的缺乏也并非就使其不适合管辖。如果它是一个供不同的州或国家之间进行贸易的公共的可航水域，那么适用管辖权的原因就是完全相同的。如果在这一点上硬要区分的话，这将是武断的，没有任何理性的基础，而且事实上与理性相违背。

毫无疑问，在英国，有关此问题的著作及海事法院的判决均称管辖权应限制在潮水涨落的水域。这个定义在英国是正确的与合理的，因为除了潮水涨落的水域之外，该国境内没有可航行的水道，也没有地方可用于建设与外国进行商贸往来的港口及供装载货物的船舶进出。因此，在英国，潮水水域和可航行的水域是同义词，而且潮水水域这个词，除了一些细小的和无关紧要的例外，就是与私人水域相对应的公共水域的意思。他们将潮水涨落作为检验标准，是出于便利而且易于确定水道的性质。因此这项在英国已确立的原则，即海事管辖权被限定在潮水的涨落地区，换句话说，就是被限定在公共可航水域。

在美国宪法得到通过以及我们的海事法院开始运作的时候，英国所采用的定义在这里同样是适宜的。在原来的 13 个州中，绝大部分的可航水域就是潮水涨落区域。在当时具有一定程度的商业化、需要海事法院行使管辖权的州中，每条公共水道均为潮水涨落的水域。而且事实上，要不是轮船的发明，在水流没有变化不能逆流航行的水域上根本不可能发生对外贸易。因此美国的法院自然会采纳英国界定公共水域及相应的海事管辖权的方式，以潮水涨落为标准。这个定义一旦被我们的法院所接受，一段时间之后，就成为界定公共水域的惯常方式，而且当有案子发生时就重复适用，并不对其是否如在英国一样可以在本国普遍适用的问题进行特殊考察。……而且在先例和固定模式的自然影响下，一个起初精确的定义就得到了信守和适用，即使随着环境的变迁它已不再是公共水域的真实界定。正是基于这些先例和惯例的影响，本院判决 *Thomas Jefferson*，10 Wheaton 428 一案美国海事法院的管辖权被宣布限定于潮水涨落的地区。……

正是 Thomas Jefferson 一案的判决使本院如今的审查变得尴尬。该判决的重要性我们十分清楚。但同时我们确信，如果我们遵循了该判决，我们即遵循了本院由于不可能预见该问题的重要性而做出的错误决定，而且现在国民也并不因此就接受当主审的法官在对该判决做的精细考虑。因为该判决是在 1825 年作出的，那时西部水域以及湖泊上的商贸事务还在萌芽期，重要性也不明显，与现在相比几乎无关紧要。……

很明显，今天将本国的公共水域界定在潮水涨落的地区，这完全不可接受。我们有数千英里长的公共航行水域，包括没有潮汐的湖泊和河流。因此管辖公共潮水水域的海事权没有理由不能平等地适用于进行商业活动和对外贸易的其他公共水域。湖泊和与之相联的水域无疑是公共水域。由此我们认为其处于美国宪法对海事管辖范围的规定之内。

我们更加坚信我们现已确立的规则的正确性，因为它显然是 1789 年成立政府时国会所通过的一项规则。1789 年《司法法》（Judiciary Act）的第 9 款（第一批海事法院据以建立）宣布，地区法院“对海事管辖权内的所有民事案

由拥有排他管辖权，包括一切根据美国的关税法、航海法或贸易法的扣押，只要该扣押是在 10 吨级及以上船舶可从海上航行到的水域并在它们相应的管辖区内或在公海上发生"。

这里的管辖权是基于水域的适航性而非潮水涨落的标准确定的。如果某水道具有适航性，它就被认为是公共的。而一旦是公共的，则被视为处于宪法授予的海事管辖权的合法范围之内。

（王瑛译　王晴校）

3. 阿巴拉马诉布斯（*Ableman v. Booth*, 21 Howard 506 [1859]）

谢尔曼·布斯（Sherman Booth）是威斯康星州一位主张废奴的编辑，他因帮助一位逃跑的黑人而被控违犯了逃奴法。尽管名义上其由联邦机构看管，但他实际上被关押在一个地方监狱里。后来布斯从一位宣布这项联邦法律违宪的州法官那里获得了人身保护令，而且得到了威斯康星州最高法院的确认。联邦执法官因此上诉至联邦最高法院。在上诉期间，布斯被带至联邦法院审判并被判有罪。而当其关押在 Milwaukee 监狱时，州法院仍然基于逃奴法为非法的理由而命令释放他。案件的这一情况同样也诉至华盛顿。最高法院的判决必须分两个层次来看待。第一，它是由受南方势力支配的法官意在保证逃奴法获得遵守所进行的努力；第二，而且更重要的是，这是从 *Cohens v. Virginia* 一案至 20 世纪中叶关于取消种族隔离制度的冲突期间，关于联邦法院地位高于地方法院问题的最重要论述。

首席大法官坦尼（Taney）宣布法院判决如下：

如果本案中的司法权由各州持有，那么如果没有当事人被关押的州法院同意和判决，任何违反联邦法律的行为都不会被他们自己的法院予以惩罚。因为，如果威斯康星州最高法院有权力判断那些违反有争议的国会法案的行为，其必然意味着他们也有同样的司法权来判断联邦的其他法律。由此，他们的监督与控制权将扩展到美国所有的刑事法典，同时延伸到违反财税法和其他意在保证联邦政府各部门免于被欺诈或侵犯之法律的行为。这一范围将包括所有犯罪，从最高刑至最低刑，从监禁的轻罪到可以判处死刑的重罪。此外，如果这项权力由威斯康星州最高法院拥有，也必须平等地属于联邦其他各州，只要囚犯处于该州的地域之内。而州法院的意见却并非总是一致的，因此经常会出现这样的情况，即一个在某州被认为是犯罪并依法惩罚的行为，在另一州会被视为无罪，甚至事实上被认为值得嘉奖。

在指出州法院的这些判决必然引致的后果之后，似乎不需要采取更多的行

动了。就其自身而言，这已是一个充分的和结论性的回答。因为一个已近70年的通过自己的法院执行法律并保持各州联盟的政府，如果没有被告所在州的同意就不能对其违反联邦法律的行为予以惩罚的话，没有人会认为它能够再继续存在下去，或不负寄予它的高度信任。

威斯康星州最高法院的法官们并没有清楚地指出他们获得这项司法权力的渊源所在。只有通过政府或主权机构的授权，才可能存在所谓的司法权威。如果威斯康星州的法官和法院拥有其所声称的管辖权，他们必须从联邦或州那里获得。显然联邦并没有进行这种授权，而且同样清楚的是，这种授权也不在州的权力范围之内，即使州曾意图这样去做。因为没有一个州可以授权其法官或法院通过人身保护令或其他形式，对属于另一独立政府管辖范围内的事项去行使司法权力。而且尽管威斯康星州在其地域范围内享有一定程度的主权，但这种主权受到联邦宪法的限制与约束。而且联邦政府和州的权力尽管都处于和适用于相同的地域范围，但却是相互独立而界限清晰的，它们在各自的范围内彼此分离。联邦拥有的权力范围远远超出了州法院或州法官的司法程序之所及，这就像由清晰的坐标或纪念碑所标明的分界线那样明显。对于因违反了在押州法律而被关押的囚犯，威斯康星州授权州法官和法院对其行使的权力不会比同样情况下密歇根或联邦其他州所拥有的权力更多。……

但是，如前所述，此类问题必须依据联邦的而非一州的宪法和法律。宪法并非仅为保护州免遭来自外国的危险而确立，而主要是为了保证国内的统一与和谐。因为如果这个目标能够达成，那么来自外国的危险是极其微小的。为了实现此目标，制定宪法的政治家和批准宪法的人民均感到，有必要将许多各州当时所拥有的主权权力让与联邦政府，而且联邦政府在其权力范围内应该有足够的力量通过自己的法院去执行自己的法律，而不受州或州政府机构的干扰。很显然，做不到这一点就不足以实现建立政府的目标，何况被各种人出于邪恶目的而煽动和助长的地方利益、地方情绪或偏见，将会导致一州对另一州权利的侵犯，甚至最终引发暴力和武装对抗。除非在它们之间存在着一个共同的裁决人，它拥有足够的权力，能通过适当的、由自己的法院和平执行的法律来保护和捍卫所有州的权利。……

但是，如果没有同样是最高的司法权力将其付诸实施，那么就不可能和平地保持授予的最高权威，因为如果把司法权力留给各州法院的话，那么司法判决的冲突将不可避免的发生，而且也不能指望地方法院总能摆脱我们已提到过的地方势力的影响。那么美国的宪法、法律和条约以及赋予联邦政府的各项权力，在不同的州很快会得到不同的解释，而美国政府的面孔就会在不同的州各有不同。因此作为政府存在的关键，其应该有权力建立完全独立于州权力的法院来执行自身的法律，而且所有基于联邦宪法、法律和条约发生的案件，无论它是出现在州法院还是联邦法院，均应在联邦法庭上获得终局的和结论性的判决。没有这样的法庭，显然就不可能存在司法权的统一，而且在宪法条款中如此仔细规定了的“最高权威”（也就是独立的代名词），如果不与最高的司法权威相联系，是不可能获得和平地维持的。……

这项司法权力被视为不可或缺是具有正当理由的，它不仅仅是为了保证联邦法律的最高性，也是为了使各州保有的权利免受联邦政府的侵犯。因为既然宪法是最基本的和最高的法律，那么如果碰巧一项国会的立法不符合而且超出

了联邦政府的权力范围，联邦法院就有责任宣布该立法违宪和无效。当然，司法权力的授予并未局限在执行符合宪法的法律或对此种法律进行解释。但是，正是基于授权的条款，当国会的任何立法被呈递法院时，法院应考虑宪法的规定，只要国会立法不符合宪法对国会的授权，法院就有职责宣布该项法律无效并不予执行。既然受理对所有这些问题的上诉的最高权力给予了本院，那么联邦和各州关于各自权力划分的争议就不是通过军事或武力予以解决，而是通过听审、调查，以司法审察的冷静与深思熟虑给予最终裁决。所有人都会看到，在我们这套复杂的政府系统内，如果不设置这样的公断者，国内的和平是不可能获得维持的，而且如果把这样的纠纷留给武力去解决，那我们这个国家和人民的政府就将不再是法治政府，而法院和司法判决也就会为暴力革命所取代。……

尽管我们认为讨论这些问题是没有必要的，但由于这些问题已被州法院作出了判决，而且已由本院记录在案，而我们又不愿被人误解，因此进行这样的宣布是适宜的，即根据本院的判断，这项通常被称为“逃亡奴隶法”的国会立法，其所有条款均得到了联邦宪法的充分授权。……

（王瑛译　王晴校）

4. 查尔斯河大桥业主诉沃伦大桥业主（*The Proprietors of the Charles River Bridge v. Proprietors of the Warren Bridge*, 11 Peters 420［1837］）

这起查尔斯河大桥案件经常被引用，以说明马歇尔（Marshall）首席大法官和坦尼（Taney）首席大法官之间的重要差别。不过，这样的差别可能被过于夸大了。本案虽然已在 1831 年进行了首次辩论，但是由于有些法官生病，有些席位空缺，使得马歇尔法院的大多数法官都没有作出决定。大法官们之间存在着严重的意见分歧，并且我们不能够完全肯定马歇尔自己的意见到底是什么。在坦尼及其他杰克逊总统新任命的大法官们于 1837 年进入最高法院后不久，争议很快被解决了。1786 年，马萨诸塞州将连接查尔斯顿和波士顿的查尔斯河大桥的特许经营权授予了本案原告。这些业主从而获得了收取过桥费 40 年的权利，后来该期限又延长至 70 年。1828 年，由于社会各界普遍的不满，该州议会又对一座拟建的大桥授予了特许经营。这座大桥将建于老桥的附近，并将在六年之后成为一条免费通道。于是，查尔斯河大桥的业主指控州政府损害了契约义务。他们对该契约进行了解释，认为它默示了一种独家收取过桥费的特权。坦尼所代表的多数法官意见则再次肯定了马歇尔在普罗维登斯银行案（*Providence Bank* case）中发展起来的对特许经营契约进行严格解释的

思想。本案也是观察技术对法律的冲击、法律和经济发展之间关系的一个典型案例。

首席大法官坦尼（Taney）宣布法院判决如下：

本案所涉及的问题非常严重，所以本院怀着最焦虑的心情对这些问题给予了最周密的考虑。首先，原告所主张的权利的经济价值巨大；其次，本院宣布的任何决定无疑都会给许多人的经济利益带来严重影响；最后，本案提出了各州政府在涉及获得州政府特许经营权的公司上的权力的问题，这些问题不仅对与公司特许经营权有关的个人、而且对这些个人所生活的社区都蕴含了非常重要的后果。最高法院完全清楚自己的职责，即：运用合众国宪法所授予的重要权力，以最审慎的态度处理这些广泛而重要的利益问题，在其职权范围内，保护财产权不受侵犯，而同时又注意防止侵犯保留给各州的权利。……

跟以往一样，我们从英国法中借用了法理学说，并且在所有别的民事、刑事案件中都采用了英国法的制定法解释规则。这里的问题是，在我们的本土情况中，或者说在我们的政治制度的性质中，是否存在一种特殊情况，使我们在涉及公司的问题上，不必遵循那些英国法原则呢？我们是否应该将一种与英国法不同的解释规则适用到设立公司的特许令（acts of incorporation）的解释中去呢？并且是否应该通过默示，对某州政府的特许状的条款的解释比同样措词的英国议会法案更不利于公众呢？而这议会法案在英国法院可以得到执行。我们能否找到一个好的理由，使这一类特殊案件不适用一般原则，而是引入一个对公司不利的解释规则，而同时我们在所有其他案件中都毫无例外地采用并遵循英国普通法公认的解释规则呢？我们认为不能这么做。而且我们认为，如果英国法院正严格地在其权限之内尽量限制垄断的倾向和垄断性质的独家特权，将公司的特权限定在特许经营状中明确授权的范围内的时候，我国的法院却在通过承认默示来扩大这些特权，并且对一项制定法作出与英国法院相比对公众和社会的权利更不利的解释，那么，这将是一种独特的奇观。

不过，我们并不是第一次需要确定我国应采用的对公共授权（public grants）进行解释的规则。这一问题早已被本院考虑过了，并且如上所述，其解释规则业已完全确立。在 *The United States v. Arredondo*, 6 Pet. 783 一案中，有关这一问题的各种重要案例都由宣布法院意见的博学法官收集到了一起。其中被确认的原则是：在公共授权中，权利不得通过默示授予。……

不过，与本案更相类似的问题，来得更为直接的案例则是 *Providence Bank v. Billings* 一案。……

有人可能会说，在储备银行案中本院说的是征税权，一种对每一个政府的存在都是非常重要的权力。但是，所有政府的目的和目标都是促进建立这些政府的社会的幸福和繁荣，因此决不能假设这些政府意图减少其实现政府创建目的的权力。并且，在像我们这样一个自由的、充满活力的、雄心勃勃的、人口和财富持续增长的国家里，人们每天都在发现，开辟新的交通途径不仅对旅行和贸易非常必要，而且对人们的舒适、方便和福祉也是必要的。决不应当推定一州政府放弃了这种权力，因为，象征税权一样，保护这一权力不受减损对整个社会具有重要意义。而且，在特许经营公司声称在一条每天都有许许多多的

公民必须通行的重要路线上，州政府已经放弃了为期 70 年的改善公共设施权力的时候，社会也同样有权利坚持——用本院在上面所引用的话来说——"在一个案件中，如果州政府并没有表现出已经经过深思熟虑决定放弃这项权力，就不应当推定它已放弃这项权力"。如果承认默示并采用推定的方法，政府就将被解除为实现其创建目的所必不可少的权力，就将被取消其应当发挥的职能而将它交给被授予特权的公司。这样一来，政府的持续存在就没有多大价值了。最高法院宣布的解释规则并不局限于征税权，也不像在所宣布的法院判词里那样的有限。相反，由于这条解释规则的理论根据显然在于保护这种权力不受减损，对社会利益具有非常重要的意义。因此，只要认为州政府的任何权力被放弃或减损了，无论这一权力是征税权还是其他任何影响公众利益的权力，就都应当适用这条同样的原则，而且解释的规则也必须是同样的规则。以本案情形而论，把一条重要的交通干线交给一家公司独家经营，任由其攫取过桥费、排除竞争长达 70 年，全州人民的利益肯定会受到影响，这是毫无疑问的。当私人财产权受到神圣保护的时候，我们也一定不能忘记：社会同样拥有权利，而且每个公民的幸福和富裕依赖于对这些权利的忠诚保护。

在采用上述解释规则作为我们确立的规则后，我们现在要将应用该规则解释 1785 年颁发给查尔斯河大桥业主的特许经营状。这项设立公司的特许令具有一般的形式，这样的特权也经常授予给同类型的公司。该特许令为了修建查尔斯河大桥，授予了他们公司的一般权能。该特许令也规定了公司有权收取的过桥费的费率。这就是所授予的权利的全部内容。根本没有授予他们对查尔斯河河面以上除他们的大桥以外任何空间的独家经营特权。他们没有权利自己再建一座新桥，也没有权利阻止别人再建新桥。州政府并未承诺说以后不会有一座新桥再建，也没有承诺说，将不准许竞争、将不会进行有可能减少该公司收入的公共设施改善。对于所有这些问题，特许经营状都保持沉默；特许状根本就没有提及原告们在辩论中极力坚持的所谓他们对交通路线将拥有独家特权。特许状中未使用任何文字，可以从中推导出有授予任何这些权利的意图。如果原告们拥有这些权利，那么这些权利也只能是隐含于授权的性质之中的，而不能是从作出授权的文字中推导出来的。

沃伦大桥的相对位置已经说明过了。它并没有中断查尔斯河大桥的通行，也没有使通行有什么不便。州议会没有撤销授予该公司的任何权能或特许经营权，特许状规定的收取过桥费的权利也没有任何改变。简而言之，特许状上列明的已提及授予的所有特许权和财产权都没有被侵犯。不过，该公司的收入的确受到了沃伦大桥的严重影响。因为沃伦大桥是免费的，它吸引走了那些本来会通过查尔斯河大桥的人员和物资，从而使其特许权变得毫无价值，这是诉讼的根本原因所在。因为如果沃伦大桥的修建没有减少他们的收入，那么沃伦大桥的修建就根本没有对他们造成损害，或者说根本没有影响他们的财产权，这是毋庸讳言的。于是，为了使他们有权获得救济，就必须表明议会约定不能进行他们诉称的行为，还必须表明议会同意修建沃伦大桥，已经侵害或者说违反了该项契约。

这样，接下来的问题就是，在州政府方面，特许状是否包含了这样一项约定？在那个文本中，是否发现有这样的规定？必须承认，根本没有——甚至没有任何文字与再建新桥、减少它们的过桥费收入或通行路线相关。如果能在特

许状里找到这方面的约定，那么这一约定必定是通过默示推导出来的，而不可能是所使用的文字明确表达出来的。那么这样的一个合意能否通过默示的方式表达出来呢？上文说明的解释规则就是对这个问题的答案。在这种类型的特许状中，除了通过自然而正确的法律解释而确定的特许状文字所意图表达的权利外，不能从公众那里夺走任何权利，或将它授予公司。没有任何文字以及默示表达了这样一个约定，复审原告极力主张存在着这样一个约定。我们必须用和本院在储备银行案中的回答一样的回答来答复本案原告。这个问题关系到整个社会的利益，因此他们有权要求这种通过提供安全、方便、廉价的货物运输和人员通行的手段而增加舒适和方便，促进社会繁荣的权力不被解释为已为州政府所放弃或减损，除非有文字明确地表达出它确实想这样做。……

能否推定，与其法令及宣布的内容相反，州议会实际上已经接受了一项默示的义务呢？找到一个支持这种默示义务的案例，甚至发生在个人之间的这种案例，都是很困难的，更不用说那些涉及统治权力的案例和涉及全社会的利益都将受到这样一种默示义务严重影响的案例了。其实，州议会似乎已经在非常小心地使用文字了，以避免被误认为州政府有签订这种契约的任何意图。而如果现在我们按照自己对正义的要求到底是什么和当事人本来应该怎么做这些问题的理解，通过司法强制提出一项默示契约，而且从中推论出这一特许令的性质，那么这将是滥用司法权力了。确实是这样。

确实，合众国内的几乎每一个州的惯例——这些惯例从各州一开始进行公共设施改善工程就开始形成了——都与复审原告极力主张的原则相对立。在同一条路线上，连续修了许多收费公路，而且后修的收费公路严重影响了先修的收费公路的利润。在一些情形下，由于其他公司引人了更新、更好的运输方式和旅行方式，这些公司破产了。在一些情形下，铁路的引进使同一条路线上的收费公路变得完全失去了作用，这些收费公路公司的特许权也失去了保留的价值。但是，在所有这些情形中，没有一个公司认为它的特权被侵犯了，或州政府违反了约定。在这些已经发生的和最近四、五十年每天都发生而持续至今的事例中，头一次出现这样一种情况：公司极力主张存在着一个默示约定，并要求本院从一个普通的设立公司的特许令中推论出存在这种约定，而其实这项法令仅仅包含了在每一个这样的法令中都经常能见到的那些双方约定和强行性规定。过去肯定有许许多多的因素能够引起这种争论，但实际上却从未发生过这种争论，这就证明了无论是州政府、个人、还是公司，都从未想到过从这些特许状中可以推论出这样一种约定。这表明，投票支持这些法律的人从来就没有想到过他们是在形成这样一种约定；也表明，如果我们执意认为他们确实形成了这种约定，那么我们必定是在违背事实真相，违背当事人的明显意图，进行法律的虚构。我们不能这样对待保留给各州的权利，也不能通过揣测法律的规范意旨和使用一点点技术性推理，就从它们手里夺走任何一点自己决定内部治安和公共设施改善的权力。这些权力对它们的富裕和繁荣是非常非常必要的。

如果本院认可了这样一个原则，即州政府作出了这样的默示约定，并且公司拥有该通行路线的财产权，将会带来什么后果呢？它将把我们导向什么结果呢？如果在修建该桥的特许经营状中能发现这一原则，那么运用同样的推理也可以在最近四十年里通过的建立收费公路公司的各种特许令中发现这一原则。并且，这种对道路的各个部分进行独家经营的特权范围应当是什么呢？原告律

师在本案中的论证确实非常出色，不过他并没有尝试划一条线来界定这种特权范围。新建的工程必须离原有的工程多远才好呢？可以靠它多近却又不侵犯原来的公司对其路线的特权呢？如果本院应当确立原告现在极力主张的这条原则，那么，跟各收费公路建在同一条路线上的众多铁路将会面临什么样的后果呢？又是哪一条铁路使得各公司的特许权变得毫无价值了呢？让我们再设想一下吧：这些特许状自身就包含了这些默示约定，并且授予了公司对一条路线一种从来没听说过的而且未经界定过的财产权，于是将会很快发现，原来的收费公路公司马上就会从睡梦中苏醒过来，纷纷要求本院拆毁那些取代它们的改进工程。在以前收费公路公司占据的交通路线上为修建铁路和运河而投入的无数财产，将被置于危险的境地。我们将会被抛回上个世纪的工程中去，并且我们还必须止步不前，直到原来的收费公路公司的要求得到满足，直到它们允许这些州利用现代科学知识，允许这些州享受新的改进工程的好处为止，而与此同时，在这个文明世界的其他所有地方，这些工程正在增加当地的财富和繁荣、方便和舒适。这还没完。本院将发现自己不得不根据一些武断的规则，确定在一条交通路线上这些新类型财产的范围。因为，如果这样一种财产权利存在，那么除非我们真的采用古代的封建采邑制和那种城镇间根据命令而设立的渡口独家经营权，我们根本没有知识指导我们标明这种权利的范围。如果这样一种财产权利存在，我们得时刻准备着作出决定，判定当一个城镇到另一城镇的公路建好后，在这两个城镇间以后不得再修建任何铁路或运河。本院不准备认可这样必将导致这些后果的原则。……

（陈实译）

（二）州政府的管理权

5. 乘客案（*The Passenger Cases*，7 Howard 283 [1849]）

直到1849年大法官们在共同商业管理权（concurrent regulation of commerce）问题上依然存在分歧。乘客案（*The Passenger Cases*）涉及对到达纽约州和马萨诸塞州港口的乘客征收人头税（head taxes）的问题。两个州都宣称这些税不是要管理移民，只是为支持和照顾外国贫民而募集金钱。当时有许多有关移民的联邦法律和条约。法院以五票对四票，判决这些法律干预了联邦权力而无效。所有持多数意见的法官都独立撰写了各自的意见，四个持不同意见的法官中有三个写下了他们自己的意见。迈克李恩大法官（Justice McLean）代表法院中更为国家主义的一派发表意见，而首席大法官坦尼则提出了最为清晰的有关共享权力（concurrent power）的论辩。

大法官迈克李恩（McLean）宣布法院判决如下：

我将从下面两大方面考虑本案：

1．国会规制商业的权力是排他性的吗？

2．纽约州的该制定法是一项规制商业的法令（a regulation of commerce）吗？

各州享有规制商业的共享权力是宪法中找不到的一个异类（an anomaly）。如果这样的权力存在的话，它就可以不依赖联邦权威而独立行使。

当州的一项法律和国会的一个法案相冲突时，并不像平常那种极不精确的说法那样，前者一定要服从后者。相反，除了联邦宪法明确规定的某些情况外，当该州的法案完全属于其权力范围之内时，这种说法就从未正确过。……

共享权力排除了附属权力。联邦政府和一州在对该州的人民征税上行使共享权力。征税的对象可以是一样的，但税收的动机和政策是不同的，并且这两种权力是不同而且独立的。两个不同的主权，享有规制同一事物的共享权力，不仅在原则上是前后矛盾的，而且在实施中亦是不实际的。它涉及心理上和现实上的不可行性。联合行动是无法想象的，两个独立的意志无法做同一件事情。一方的行动，除非作出了安排，必定先于另一方的行动；而先行动者，若有资格，就必定确立规则。如果二者的权力确确实实是平等的，二者都拥有主权，一方就可以撤销另一方的行为，而这必定是它们行为的结果。

但是有人争辩到，一州以附属资格而采取行动，可以规制与外国进行的商业（这完全是和其主权相矛盾的），直到国会对同一对象采取了行动，这时，州就必须服从于这一至上权威。人们经常表达对联邦权力的嫉妒，并抱有这样一种恐惧，认为联邦权力会损害各州的主权。但是这样的论辩使各州降格，使得它们的立法在上述论辩所描述的程度上，屈从于国会的意志。州的权力并不依赖于这个基础。国会丝毫不能限制或扩大州的权力，尽管它可以采纳一项州的法案。州的权力，在所有的时间和情况下，都是独立于联邦的权力而行使的，从未被宣布为无效，除非它们超越了州的管辖范围。并且，同理，当超越了宪法界限时，联邦权威也是无效的。……

商业规制权既包括积极作为亦包括消极作为，这是非常有道理的。没有一项联邦权力以其所有的实施方式而得以行使。但在一项有远见的政策和人民的命令的影响下，它可能被国会行使过。因为联邦权力没有穷尽，商业规制就向州的行动开放吗？没有任何天才智慧能够应付所有偶然事件；而如果能，这样做或许就是不明智的。能因为国会没有对免税货物征税州就对之征税吗？或者，州能因为一项税太低而将之提高吗？被国会法案准予不交税就进入的乘客，能被一州征税吗？州有这样一种权力的设想完全和国会的商业权力不相容，不论该国会权力是至上的还是排他性的。

这种权力和（国会的）排他性权力是不相容的已得到认可，但这时又争辩说州可以行使一项从属商业权。当行使这种权力时，怎么能知道国会没有适当地考虑同一问题呢？而国会又该如何立法以防止此种干预？把这种制度（若能被称作为一个制度话）付诸实施，联邦商业权力将被完全颠覆。……

现在我要探察第二个方面，即纽约州的该制定法是一项规制商业的法令吗？……

商业被定义为“商品的交换”。但这个定义并没有完全表达出该术语的意思。它包括“航运和相互交往”。旅客运输是商业的一部分，这在现在已是一个不容争辩的问题。……

除了保护它的公民免受疾病和贫民的侵扰外，一州的内部权力不能禁止根据国会的权威到达这个国家的外国人的进人。……

该州的治安权不能将超出其范围的对象纳入它的管辖。治安权在处理由联邦商业权力保护下的事项上是合适的，但它仅能在特定的紧急情况下才能在一定程度上适用。在保证其公民的安全、健康和维护其公民的道德上，一州被严格限定于使用适当且合宪的方式。如果发生特别费用，一项依据衡平法而提出的赔偿请求（an equitable claim to an indemnity）无法赋予一州对不属其管辖的对象征税的权力。……

对船舶吨位、商品或乘客的征税是一种商业规制，这种规制不能由州来规定，除非得到国会的授权且为了实现宪法中特别规定的目的。在与外贸这个问题上（包括乘客运输），考虑到我们与其他国家的关系，国会已制定了他们认为适当的法案。这已经足以说明一切了。而纽约州对来自外国港口的船只上的乘客征税的这个法案，是对于外贸的一种规制——这种规制权被排他性地置于国会；因此，这个法案无效。……

* * *

首席大法官坦尼（Taney）不同意这种意见，发表反对意见如下：

首先要考察的问题是：根据合众国宪法，联邦政府是否有权强制各州接受，并使各州与它的公民一道遭受损害以留纳合众国的政策或合众国愿意允许进人的每一个人。据我的判断，这个问题源于本案争议的基础。我并不是说，通过条约或者国会法案，联邦政府要求马萨诸塞州允许我们正在讨论的外国人登陆（land）。我认为没有任何条约或国会法案能被这样解释。我们没有必要考察这个问题，除非我们首先讨论了国会是否能合法地行使此种权力，而各州是否又必须服从于这一权力。因为，如果联邦各州的人民将他们认为对其安宁构成威胁、或可能在它的公民中造成物质或精神邪恶（physical or moral evil）的任何人或者任何一类人驱除出其边境的权力，保留给了自身，那么，侵犯这个权力并允许任何该州所不允许的人或任何一类人进入该州的任何条约或者国会法律，就是一种权力篡夺。本院不予承认，也不予执行。……

这也是同样清楚的，即，如果它可以从它的公民中驱除出那些它认为对他们的福利有害的任何人或任何一类人，这就意味着它有权在一开始就阻止他们入境。……

二者都不可能是一种共享权力，并且不论它们属于联邦政府还是该州政府，拥有这种权力的主权在行使这种权力时是完全独立于另一方的。如果合众国拥有这种权力，那么该州的与条约或者国会法案相冲突的任何立法，都是无效的。而如果该州拥有这种权力，则任何联邦政府就这个问题的立法与该州法律相冲突，同样也是无效的，本院亦必须不予承认（disregard）。对于拥有这种权力的主权来说，这种权力必是至上的和绝对的。就谁应该和谁又不应该被

允许居住在一州，合众国和各州拥有一个共同的平等权力，这就意味着双方权力的直接冲突，一方权力将持续地阻碍甚至挫败对方权力的行使，这将导致无序和混乱，而不可能是其他后果。

另外，如果该州拥有将任何它认为对它的公民构成危险的个人或者群体驱除出境的权力，那么它就必然有权决定何时并对何人行使这种权力。这种权力的本质就是一种自由裁量权，由权力拥有者根据自己的判断行使。因此，任何特定阶层或种类的群体，是否会在该州境内导致不满或者叛乱，或者败坏它的公民的道德，或者给他们带来传染疾病，或带来大量的贫民负担和弊病，这必须由该州来决定。因为，如果联邦政府可以在任何方面或者以任何形式的立法，控制或限制一州的这种权力行使或者决定一州是否在合适的情况下对适当的人，正当地行使了这种权力，那么这种真实而实质的权力将在国会，而不是在各州。在本院判决的案件中（前面提到过），决定谁对该州人民的利益和福利是危险的谁又不是危险的，这个权力被一致认为属于该州。……

非常清楚，本院不能监督该州此种权力的行使，也不能控制或规制它，也不能决定应行使这种权力的情形，也不能决定募集的资金是否被适当地管理，否则会使本院的自由裁量权规制本来保留给该州的自由裁量权。……

毫无疑问，从事运输来自外国乘客的船只，应由国会规制，并且这些船只是这个国家商业的一部分。国会可以规定这些船只上应如何配备人员，如何驾驶和如何装备，可以运输多少乘客及给这些乘客提供什么样的给养以及应当缴纳什么样的吨位税。但是我们正在讨论的马塞诸塞州的法律并未在任何方面试图规制这种贸易，或者强加给它负担。我不是在说对领航员所征的税，因为这项规定不是我们现在所要讨论的，尽管我们并不反对这个规定。但是这个法律未对这种船只课税，或对船长或乘客因进入该州水域而课以任何赋税。它只是拒绝乘客登陆，直至该州得到它所要求的安全保证时为止，其人民将不受贫困的侵扰。但是，如果前面提到的条约或者国会法案试图强制该州在未得安全保证的情况下接受他们，问题就不再是商业管理法令的冲突问题，而是一个对各方面来说更为重要的问题，即决定谁应当或不应当被允许居住在它的公民之间的权力的问题。对这个问题我已经在我的意见中说明。我无法相信，与商业规制有关的概括性措辞，意图是让国会对州拥有这种莫大的权力。因为，如果前面提到的条约的规定可以像在论辩中所说的那样解释，像声称的那样对州拥有那种命令权，那么，西印度群岛（West Indies）已获解放的奴隶在这个时候就有在整个南部各州居住、租赁房屋、通行和贸易的权利，尽管各州法律作出了相反规定；这将不可避免地导致最为严重的不满，并最终导致最为痛苦的后果。……

因此，我可以有把握地认为，根据对宪法的正确解释，授予国会的规制商业的权力，在当时并未在任何程度上限制各州的征税权。因此在今天，只要未被明确禁止，它们就应当有权对根据国会权威和法令而进入它们的港口的商品征税。……

（邓海平译　史大晓校）

6. 库利诉费城港看守人委员会案〔*Cooley v. Board of Wardens of the Port of Philadelphia*, 12 Howard 299 [1851]〕

> 1851 年，坦尼法院终于提供了一个解决某些关涉共享权力（concurrent authority）案件的可行原则。*Cooley* 一案涉及 1803 年为费城港颁布的州领港条例（State Pilotage Regulations）。早些时候的一个联邦制定法规定各州可以继续适用它们各自的法令，直至国会采取了行动时为止，库利对该 1803 年的该州法案提出了质疑，认为它侵犯了国会在对外商业的排他性管辖权。但国会自己的立场给了法院一个非常便利的手段，允许地方多样性（local diversity），或者如这个原则最终的名称一样——“选择性排他”（selective exclusiveness）。法院首先拒绝了这样的论辩：该法律是对进口、出口或吨位的一项征税，是无效的，或者说它给予了一个港口以特惠。

大法官柯尔蒂斯（Curtis）宣布法院判决如下：

接下来要考虑的是这样的一个反对意见，这种意见认为它（即该 1803 年州法）和（宪法）第一条第八款第三项相矛盾：“国会有权规制与外国的、各州之间的以及与印第安部落的贸易。”

规制商业的权力包括航运规制权，我们认为这早已确立了。当我们考察一下领港员提供的服务的性质，考察一下这种服务和它的报酬与各州之间的、合众国和外国港口之间的航运的所有关系，我们就能得出结论，对领港员资格、他们提供服务的方式和时间、所担负的责任、所拥有的权力、可以要求的报酬和为行使他们的权力和职责而作出的处罚，确实构成了宪法本项规定的应有之意所指的航运规制，因而也就构成了商业规制。……

1789 年法案……包含了第一届国会对宪法的一个清楚立法解释，这个解释表明管理领港员的权力被宪法授予了国会；1837 年 3 月 2 日的法案也是如此。……当代的这种解释和国会根据它而为的实践究竟能有多大的分量，已经在另一部分中言及。本院的多数意见认为，对领港员的管理就是一种商业规制，处在授予国会的商业权力之内，并包括在宪法第一条第八款的第三项之中。

因此，就有必要考察宾夕法尼亚州的这个法律，作为一个商业规制的法律，是否有效。

1789 年 8 月 7 日的国会法案第 4 条是这样规定的：

“所有在合众国的海湾、港湾、河流、港口和口岸的领港员，应继续根据他们所处的州的现有法律或者此后为此目的而各自颁布的法律进行管理，直至国会对此进一步作出立法规定时为止。”

如果我们正在讨论的该宾夕法尼亚州法律，在这个国会法案通过时已经存在，我们可认为该法律已被国会所采用，并因此成为合众国的一个法律，因而是有效的。因为这个（国会）法案实际上赋予了那些当时既存的各州在这个问题上的立法以国会法案的效力，只要它们不被颁布它们的州所撤销。

但是引起这些诉讼的这个法律，直到1803年才颁布。这样，1789年国会法案所宣称的应当继续根据“各州随后为此目的而各自颁布的法律”管理领港员，“直至国会作出进一步立法规定时为止”，又有什么样的效力呢？

如果因商业权力被授予了国会而各州被剥夺了对这个问题的立法权，那么，很明显，这个法案就不能赋予各州这样的立法权。如果宪法不允许各州进行任何规制商业的立法，那么国会当然就不能将那个权力再授予或者以任何方式归还给各州。然而1789年法案仅认可各州颁布的法律，这就必定意味着进行立法的一项宪法性权力：因为只有一州的主权权力凭其立法资格（legislative capacity）创制的规则才能被当作法律，并被一州颁布。如果一州已限制了它的主权权力，以致不再对一个特定对象立法，很明显，在任何适当的意义上，它都不能被认为对这个对象颁布了法律。抱着这样的观点，我们就必须直接考虑这个问题：是否授予国会商业权力本身就剥夺了各州管理领港员的所有权力？本院从未对这个问题作出过决定，并且，依我们的判断，本院亦没有审理过任何须取决于左右本案的所有考虑因素的案件。将商业权力授予国会的授权并未包含任何明确排除各州就商业问题行使任何职权。如果它们确实被排除了，这必定是由于被授予国会的这个权力的性质要求一个类似的权威不能存于各州。一方面，如果承认这个权力的性质，就像为哥伦比亚特区立法的权力一样，和各州拥有一个类似的权威是完全不相容的，那么可能没有人会否认，将这个权力授予国会，实际上是完全排除了各州将来对这个主题进行任何立法，就像明示的措辞将它们排除出去一样。从另一方面来说，如果承认国会拥有这个权力，就像征税的权力一样，与各州拥有一个类似的权力是相容的，那么它就符合现在对宪法的解释（联邦党人文集，第32篇）和司法解释，这些司法解释（本院在深思熟虑之后多次作出此种解释）认定仅是将这样的一个权力授予国会，并不意味着禁止各州行使相同的权力。并非仅是这样的一个权力的存在，而是国会对这个权力的行使会和各州行使相同的权力不相容，因此当未有国会法律时，各州可以进行（相关）立法。……

因而，对这个问题意见的纷繁复杂，是源自对这个权力性质的不同看法。但是当谈到像这样的一个权力的性质时，当说到这个权力的性质要求它必须由国会排他性地行使，那么它就必定是指那个权力的对象有这样的性质，这个性质要求国会排他性的立法。而规制商业的权力，包含的范围很广泛，它包括的对象不仅仅是数量众多，而且个对象间极端不同，性质也有相当的差异；一些必须要求一个单一的统一规则，对合众国的每个口岸的商业平等适用；而一些，就像我们正在讨论的对象一样，必须要求多样性，只有多样性才能满足航运的当地需要。

不论是绝对地肯定或者否定这个权力的性质要求国会的排他性立法，都忽略了这个权力的对象的性质，都是将实际仅适用于一部分对象的东西，适用于所有这些对象。这个权力的任何对象若其性质是全国性的，或者只容许有一个统一的制度对它进行规制的安排，可以正当地说具有要求国会排他性立法的性质。而我们并不能断言管理领港员和领港事务的法律的情形正是如此，这是很清楚的。1789年法案包含了第一届国会的一项清楚而权威的陈述：这个对象的性质是这样的，直至国会发现有必要行使其权力时为止，这个对象都被留给了各州立法；它是地方性的而不是全国性的；由各州根据其范围内的口岸的本

地特性而自由地立法——而不是由一个统一的制度或者一个统一的法令安排来规制这个问题——是最好的。

这样看来，1789年法案中宣布应当继续根据“各州随后为此目的而各自颁布的法律”管理领港员的那部分内容，不能被认为是企图赋予各州以宪法已剥夺的一个立法权力，因而是无效的。相反，它有一个合适而重要的意义，它表明了国会在政府成立之始的理解：这个对象的性质并不是要求排他性立法的那种。从联邦政府成立之初到现在，各州和联邦政府的实践一直与这一陈述一致。而当考察这个对象的性质，毫无疑问，我们会发现，为满足地方需要而根据地方知识和经验来对之安排不同的规制制度是极端合适的——如果说不是绝对必要的话。这样一来，我们又怎能说，仅根据商业规制权被授予了国会，各州就被剥夺了对这个问题进行立法的所有权力，因为从这个权力的性质来看国会的立法必是排他性的？……

这是本院的多数意见，认为仅是授予国会规制商业权本身，并没有剥夺各州管理领港员的权力，并且尽管国会对这个对象进行了立法，但它的立法表明了它的意图（仅有一个例外）：它将不管理这个对象，而是将这种管理留给了各州。这个意见必须限定在要求我们来决定的这些特定问题上。这个意见并不适用于这样的问题，即商业管理权下的其他对象，哪些是应由国会排他性控制的，或者哪些是当没有任何国会立法的时候可以由各州规制的。这个意见也不适用于一般性问题，即国会对一个对象的规制在多大程度上可以被看作是排除了各州对同一对象的所有立法。根据我们认为的可靠的原则，我们判定我们面前的这些确切问题，适用于该州内的被国会立法遗留的这个特定对象。我们没有走得更远……

（邓海平译　史大晓校）

7. 纽约诉米尔纳案（*New York v. Miln*, 11 Peters 102 [1837]）

在 *Gibbons v. Ogden* 一案中，马歇尔暗示联邦对州际间商业拥有排他的权力。但他在 *Delaware Dam* 一案中的明显退却，却是未来事件发展的一个征兆。在坦尼时代，法院在联邦商业权力和州商业权力之间的精确界限上存在深刻分歧。*New York v. Miln* 一案是马歇尔时代遗留下来的一个案件，于1837年引发了争论。本案核心问题是一项纽约州的法律，该法律要求船长提供他们的船只运输的每一个移民的背景与健康状况的详细报告。该制定法旨在防止该州的外地贫民数量的不断增长。当它被认为是一种对对外商业的违宪规制而受到挑战时，法院的多数法官回避了这个宪法问题，而把该制定法当作一种治安管理（police regulation）来对待。但是斯托利大法官（Story）不同意这个观点，并认为这是一项和联邦权力相抵触的法律。汤普森大法官

（Thompson）赞同多数法官的意见，但坚持认为，在没有联邦规制之处，州有权规制商业。

大法官巴尔伯（Barbour）宣布法院判决如下：

被告的辩护人辩称，正在讨论中的法案是对商业的一种规制。而根据合众国宪法，规制商业的权力被授予了国会，且这项权力是排他性的，因此该项法案违反了合众国宪法。

而原告争辩到，将先前存于各州的权力授予国会的一种肯定性授权，并不是排他性的；除非，（1）授予此项权力的宪法条款明示如此；（2）州被禁止行使一项类似的权力；（3）州这个权力和国会的一项类似权力相抵触或者不相容，但是这项权力不属于这些情况中的任何一种。并且，它并非被明确宣称是排他性的，各州亦未被禁止行使此项权力，其亦不与国会中的一项类似权力相抵触或者不相容，且各州此前亦享有此权力。因此，各州对此该权力之对象亦享有共同管辖权；正在讨论中的法案是有效的，即使它是对商业的一项规制，它也并未违反国会的任何法令。

但是原告否认这是对商业的一种规制，相反，他们断言它仅仅是对内部治安的一种规制，而对内部治安的权力是一项未被授予国会的权力。因此，不仅根据对合众国宪法的准确解释，而且根据该文件的第十条修正案，对内部治安的权力被保留给了各州，并为各州所享有。

我们不必对管制商业的权力是否将各州完全排除在外进行任何考察，因为我们所作出的意见使之没有必要。换句话说，我们的意见是，该法案不是对商业的一种规制，而是一种治安规制。作出了这样的判断，那么该法案就是因行使属于州的正当权力而获通过的。

因此，在合众国宪法通过之前，纽约州有权通过这个法案，这可以被当作是一种自明之理（truism），而不需要任何证据来证明……

若正如我们所认为的那样，它是对治安而不是对商业的一种规制，那么各州就不能被剥夺该权力。为了确定这一点，就让我们来考察它的目的，它希望实现的目标及其手段。

从该法律的整个范围来看，很明显，该立法的目的是为了防止纽约州为通过船舶运输而流入的人口所累，不论他们是来自外国还是其他州。而为了这个目的，就要求必须提交所有乘客的姓名、出生地等等相关的情况，市政当局也有必要采取必要的步骤，以防止他们被当作贫民而被指控。

这样，我们就认为此法令的目标和它所采用的方式，都属各州的权限范围之内。既然它们权力的一部分已让渡给了联邦政府，那就让我们来看看什么权力被保留给了各州。联邦党人文集第45篇论文中，就谈到了这个问题。其认为，各州保有的权力适用于所有那些在通常事务处理中，关涉人民的生命、自由和财产的事务，适用于关涉各州的内部秩序、改善和繁荣的事务。

本院在 *Gibbons v. Ogden* 一案中……也即在谈到各州的检验法律时，认为这些法律是庞杂的各州立法的一部分，这些立法几乎涵盖了未让渡于联邦政府管辖的一切事务，并且所有这些事务由各州自己管辖才是最有利的。各种检验法律、检疫法律、健康法律，包括管理一州内部商业的法律，和那些有关收费公路、渡

口等类似事务的法律在内，都是这个庞杂的体系的组成部分。……

如果我们考察一下该法令是为了什么人的利益而通过，我们发现是为了纽约州的人民。该州的立法机关被授权并且有责任为这些人提供保障和福利。

如果我们将注意力转向该法令所力图实现的目的，我们发现它正是为了确保实现此种保障、提供此种福利。……

1819年的法案明显包括为了乘客自身的舒适而作出的规定。为此目的，禁止船舶运输的乘客数量超过其吨位一定比例，并规定了根据乘客数量、依一定比例提供的给养或者海上供应品的种类、质量和数量。

另一部分则要求船长向海关人员提交一份包括所有乘客的年龄、性别、职业和国籍等等相关事项的清单，该清单得向国务卿提交，由其再将之提交议会。

这个条款的目的，很可能是为了使合众国政府能够精确估算移民导致的人口增长。但是，不论其目的是什么，很明显，通过对航运规制的权力，这些法律仅影响了那些正在航程途中的乘客，直至他们登岸。在那以后，当他们和船舶的任何联系已经终止，当他们已经不再是乘客，（国会的法案对他们就不再适用了）。我们确信，国会的法案，如此适用于他们，并且明示仅当他们为乘客时才进行管辖，极好地实现了它们的职能。并且，无法说它们和一州的法律相冲突，因为该法律是在国会的法律终止之处才开始运作。其运作的对象甚至也不相同，因为，尽管该法律针对相同的人而运作，但是，这些人已不再是乘客，也就不再具有那种国会法律明示或暗示对之适用的惟一联系了。

这样，正在审查中的法律和刚刚说明过的国会法律之间根本就不存在任何冲突。因此，即使该州法律被认为具有参与商业规制的性质，其亦能经得起最严格的审查，即使是按照本院在 *Gibbons v. Ogden* 一案中所做推理奠定的标准来审查。

但是，我们的意见并非基于此。我们选择了将自己置于我们认为是攻不可破的立场上，也即：一州对其疆域范围内的所有人和物拥有同样的不可否认的和不受限制的管辖权，就像其是一个其权限未让渡于或者受限于合众国宪法的外国一样。因此，在一州对特定对象的权力或者这种权力的行使方式并未让渡或者受到限制的情况下，一州通过任何其认为有益于实现下列目标的法律，不仅是一州的权利，而且是一州的固有而神圣的责任。这些目标是：增进人民的安全、幸福和繁荣，并为之提供普遍福利。所有仅和地方立法相关的这些权力，或者更确切地说是仅和一州内部治安相关的权力，并未让渡或者受到限制，从而，一州与此相关的权力就是完整的、绝对的和排他的。……

就我们刚才考察的眼前这部法案的那部分内容来看，很明显，是为了防止她的公民为支持大量来自他方、没有自我支持的收入的贫民所累。没有比之更好的模式以行使规制内部事务的权力了。纽约，由于其特殊的地理位置，或许更易为数以千计的到达那里的外地移民所累，从而其公民有承担被迫供养那些贫民重负的危险。防止它的公民为此所累，是它的责任。他们也已致力于这样做，在采取的其他许多措施中，通过了我们正在审查的法案的那部分。在原则上，我们必须说它有权这样做。……

我们认为，采取谨慎措施以防止贫民、流浪汉，或许还可能有罪犯带来的道德瘟疫（moral pestilence），是在一州的权限范围并且是必要的，正如其防止

可能发源于不安全的、传染性的进口物品，或者发源于某个其船员患有某种传染病的船舶的物质瘟疫（physical pestilence）一样……

因此，我们的意见是……纽约州立法机关颁布的该法案的那部分，就其适用于宣称的违规情况来说，并非是为了规制纽约与国外港口之间的商业，就上述那部分来说，是合宪的……

（邓海平译　史大晓校）

8．奥古斯塔银行诉厄尔案（*Bank of Augusta v. Earle*, 13 Peters 519 [1839]）

公司形式的商业组织（the corporate form of business）曾一度引起极大的恐慌和仇恨，在19世纪30年代公司（corporations）[①]被当作“没有灵魂的怪物”而遭到谴责，但它们还是迅速地发展着。与它们日益增多的州际间活动及各州管理它们的权力相关的一些独特问题被提出来了，这个案件发端于阿拉巴马州在取得州内所有银行的所有权之后，试图驱逐外州（out-of-state）的银行在该州开展业务。法院存在三方分歧。极端州权鼓吹者（extreme states'-rights advocates）认为这是一个有效的法令。其他接受全国市场重要性的人则相信这样的做法对商业来说是危险的。然而，坦尼（Taney）和大多数大法官则发现了一个可行的中间道路：允许州际间公司行为，但也认可了该州规制在其境内开展业务的公司的权力。

首席大法官坦尼（Taney）宣布法院判决如下：

只需一眼就可以发现，提交到这里来决定的问题的性质非常重大，而它们亦得到了本院细心的审查。出于各种目的，各州向一大批公司颁发了特许状；某些商业部门的大部分业务是由法人公司或通过它们的代理人进行的。并且毫无疑问的是，不同的公司在创建它们的特定州的管辖范围之外缔结了一大批契约。在对我们眼前的这个案件作出决定时，我们实质上就决定了这些为数众多的契约是否有效。如果正如当庭辩论所称的那样，一个公司因其性质和特征不能缔结这样的契约，或者这些契约与它们的缔结地所在州的权利和主权不相容，那么这些契约就不能被法院强制执行。……

但是在论辩中有人强调，尽管特许状的条款授予了这些权力，一个公司根据它本身的性质，没有在该州范围外缔结契约的权力；一州的法律不能在其境外适用；因为一个公司仅是该州某个法律的产物，因此该公司就不能在该法律实施

① 在美国，corporation一般指股份有限公司，而不是一般意义上的公司。——译者注。

的范围之外而存在；因此，它就必定不能在另外一个地方缔结契约。

一个公司不能在创建它的主权边界之外合法存在，这是确定无疑的。它只能在法律的设想之中并根据法律的力量（by force of the law）而存在，在法律停止运作并不再具有强制力的地方，它就无法存在了。它的住址须在它的创建地，而不能迁移至另一个主权内。但尽管它只能居住并存于那个州，这并不意味着在任何意义上它那里的存在不会在其他地方得到认可。它居住在一州并不构成对它在其他地方缔约能力的不可克服的障碍。它确实只是虚拟的人（artificial being），看不见又摸不着，但是就法律关照的某些目的而言，它是一个人，并且这也得到本院判决的认可。在 *United States v. Amedy*, 11 Wheat. 412 一案和 *Beaston v. The Farmer's Bank of Delaware*, 12 Pet. 135 一案中就是这样判决的。通过代理人的介入，自然人一直在他们并不居住的国家缔结契约，并且当契约缔结时他们并不在场，没有人曾怀疑过这些协议的效力。难道有更有力的反对，反对一个虚拟的人通过代理人在它居住以外的主权内缔结其有限权力范围内契约的权能吗？只要这些契约是缔结地法律所允许缔结的？

毫无疑问，该公司必须证明创建它的法律授予了它通过此类代理人缔结此类契约的能力。但是，就像自然人一样，它没有必要实际上存在于契约缔结地的主权之内。它作为一个公司在创建它的州存在的事实，只要得到交易发生处的国家的法律承认和认可，并且该国的法律允许它在那里行使被赋予它的权力，这就足够了。

然而，属于我们正在讨论的此类权力（这些权力被公司在他州行使）的每一个权力的有效性，取决于权力行使地的法律，并且，没有它们的明示或者默示的许可，一个公司无法缔结有效契约。……

我们接下来要探察，根据国际礼让原则（comity of nations），外来公司（foreign corporations）是否能被允许在它们的管辖范围内缔结契约；我们没有发现排除外来公司的充分理由，如果它们并不与该国的公开政策相矛盾，或者对它的利益有损害的话。……

我们认为这是早已确立的，即根据国际礼让原则，一个主权创建的公司可以在另一个主权内缔结契约，并在它的法庭提起诉讼，并且，在合众国内的各个主权中，这种礼让原则也普遍适用。广为人知的、公开而长期延续的贸易惯例、各州普遍的默许、一些州和国会的特定立法，所有这些都共同证明了这个主张的正确性。

但我们已经表明，这个礼让原则是依据该州的默示许可（silent acquiescence）而假定的。只要一州充分证明，那些效力来源于这一礼让原则的契约违反了该州的政策，或者被认为对它的利益有害，这种礼让原则的假定就不再适用。……

（邓海平译　史大晓校）

9．路易斯维尔、辛西纳提和查尔斯顿铁路公司诉勒特森案（*Louisville, Cincinnati and Charlestown Railroad Co. v. Letson*, 2 Howard 497 [1844]）

因为州法院对外州公司诉讼请求的广泛敌意，在整个十九世纪，公司一直在为它们的诉讼获得联邦法院的管辖而斗争。但在1806年，在*Strawbridge v. Curtis*案中，最高法院判定只有当一个公司的所有股东都是来自不同于诉讼另一方当事人所在州的公民时，联邦法院才有管辖权。随着公司规模的膨胀，它们的股东散布于整个联邦，*Strawbridge*案的判决成了获得联邦司法管辖的一个不可逾越的障碍。1844年的*Letson*一案给了坦尼法院一个机会，在公司和州际间商业（不断）扩张的情况下重新考虑那个判决。本争议牵扯到一个纽约州公民起诉一个南卡罗来那州的公司的权利问题，这个公司的股份由该州和来自多州的人员持有。

大法官维因（Wayne）宣布法院判决如下：

基于这样的理由，即公司的两个股东是北卡罗来纳州的公民，南卡罗来纳州亦是其中一个股东，并且其他两个南卡罗来纳州的公司也是股东，而这两个公司的股东中有些和复审被告（the defendant in error）是同一州的公民，因而，有人否认本院对这个案件的管辖权。……

对这个意见的反对意见同样是强有力的，即一州的一个公司不能在合众国的巡回法院被另一州的公民起诉，除非这个公司的所有股东都是起诉地所在州的公民。……

一州的一个公民对一个以公司名义参与诉讼的公司在该公司创立地所在州（该公司的业务是由被选来管理该公司事务的公司股东在该州展开）提起的诉讼，仅就管辖权问题来说，是一个诉讼地所在州公民和另一州公民之间的诉讼。公司股东，作为个人，并不是本诉讼中的被告，只是对本诉讼结果有利害关系的当事人，其中一些是起诉地所在州的公民，但管辖权是针对这个公司的；我们亦无法认为因其中一些成员居住在另一个州（不能对他们提起诉讼），本案就能被驳回。可以说这个诉讼针对的是这个法人，因此，除了着眼于这个法律实体外，不能着眼于其他东西。这样，我们就只能把这些股东视为一个虚拟的集合整体（an artificial aggregate）。就本诉讼的诉讼标的（subject matter）和要作出的判决来说，就是如此；但是，如果要根据公司股东来决定管辖权是否成立的话，那么其中一些股东缺少支持管辖权的相称的公民资格，并不能否定本案的管辖权，因为其他有些股东满足了这个管辖权的居住地要求。

但是现在我们面临着这样的问题，我们被告知在*Strawbridge and Curtis*案和*The Bank of the United States and Deveaux*案中，实行了一个不同的原则。

我们不否认这些判决的措辞在一定程度上并没有证明——从这些判决中所作的推论，或者这些判决的实际效果——是将巡回法院的管辖权限制在复审原告律师所主张的案件上。自从这些案件被判决后，实践的情况是：如果有两个或两个以上的原告和两个或两个以上的共同被告（joint defendants），每一个原

告都必须能在合众国法院对每一个被告提起诉讼，才能满足管辖要求；而在法人案件中，则是将管辖权限于所有的公司股东都是诉讼地所在州的公民的案件。*Strawbridge and Curtis* 一案在没有任何争议的情况下作出了判决，而 *The Bank and Deveaux* 一案则是在强有力的争议之后才作出了判决。但是自从这个案件之后，没有哪个律师像本案中的律师一样，以其真正杰出的能力提出论辩，而向本院再次提出这样的问题，这些论辩毫不逊于前一个案件中所作出的任何论辩。现在，要求我们别无选择地根据我们的职权从既判案例中寻找能支持我们要作出的判断的任何东西——除了出卖良知，对这个问题作出我们的最佳判断。

在深思熟虑之后，我们可以自信地说，*Strawbridge and Curtis* 一案和 *The Bank and Deveaux* 一案走得太远。后者的结论和推论，亦是从其中本不应得到遵循的推理中论证出来的。……一个由一州创立的在该州权威下履行其职能的并只在该州才可诉的公司，尽管它可能有非属该州的股东，在我们看来它就是一个人——尽管是一个虚拟的人，居住于并属于该州，并因此为起诉和被起诉目的，被当作是该州的一个公民。我们也认为，*Strawbridge and Curtis* 一案和 *The Bank and Deveaux* 一案，从来就没有让司法界满意。并且它们，尤其是后者，亦并非让作出判决的法院感到完全满意。它们一直被非常不满地勉强遵循。没有人像作出这些判决的前任首席大法官那样对这些判决的正确性有更深的怀疑。我们几个人都知道，他对已经作出那些判决一再表达了后悔之意，并且不论何时提及这个问题，他都补充说，如果管辖权问题是一个必须首先解决的问题，结论将会不同。我们认为可以确信地断言，本院的多数法官一直都同样后悔。并且，无论何时巡回法院审理到涉及 *The Bank and Deveaux* 一案的应用的案件，都服从了这个案例。但这并非因为法院认为这个案例（的判决）是正确的，而是因为这个判决已经作出了。我们已经说过，*Bank of Vicksburg and Slocomb*，14 Pet. 60 一案是在极不情愿的情况下，仅为了遵从先例的权威而作出判决的。我们现在被要求，与仅根据那些案件的权威相比，在本案中比已经作出的（判决）更进一步。这导致我们对所有这些案例中的原则进行审查。我们不能再遵循先前的那个原则了，并且经过我们最为慎重的思考，我们认为，使那个原则得以成立的那些判例（该原则与本院要在这里宣布的原则相反），没有可靠而全面的专业推理（professional reasoning）过程支持。幸运的是，抛弃它们并不会带来财产规则的变化。同样，如果我们的结论不能获得普遍的默许，也会被所有人承认，它和宪法政策及我们国家的国情相符。它也和国会最近的立法相一致，就像 1839 年 2 月 28 日的法案所表明的一样，该法案修正了与合众国司法制度相关的法案。我们可以毫不犹豫地说，该法案通过的目的完全就是为了使法院摆脱 *Strawbridge and Curtis* 一案的判决。……

我们的结论使得没有必要考虑辩论中的主张，该主张否认（本院的）管辖权，根据是：和原告同属一州的股东，是南卡罗来纳州的一些公司的股东，而这些公司又是路易斯维尔、辛西纳提和查尔斯顿铁路公司（Louisville, Cincinnati, and Charlestown Railroad Company）的股东。

巡回法院的判决予以维持。

（邓海平译　史大晓校）

10．俄亥俄人寿保险与信托公司诉德伯特案（*Ohio Life Insurance & Trust Co. v. Debolt*，16 Howard 416 [1854]）

> 尽管有 *Charles River Bridge* 一案，坦尼（Taney）法院的大法官们并没有削弱他们的前任们所确立的契约条款诸原则。但是，他们一贯坚持认为，不能凭借暗示对公共特许状和契约作出任何推断。但是这一发展对那些新的投资者和企业家来说实是因祸得福，因为这促使他们去争取明确而详细地写明公司特权的特许状。在"社区权利"与"财产权利"的较量上，坦尼的贵族情结甚为有限。在下面这个案件中，他的意见清楚地表明法院会认可明确授予的特许状权利，哪怕它们对州是"破坏性的或有害的"。在这个案件中，原告宣称一项 1851 年的州银行税法损害了该公司和该州先前订立的契约所规定的义务。法院在判决上意见一致，但多数派的所作的推理却大相径庭。

首席大法官坦尼（Taney）宣布判决如下：

无论从何种角度来说，除了通过宪法让渡于美利坚合众国的权力外，各州人民在其各自所辖范围内，拥有绝对的、无条件的主权权力。因此，在他们的辖区内，他们可以针对个人或物品征收他们认为合适的任何税收，并根据他们的判断和决定分配这些税收。如果他们认为合适，他们可以对某些种类的财产免于征税，而从别处获得支持政府运作的资金。并且，在这样做的时候，他们可以是否对该州人民最有利为根据，而采用一般的立法形式或契约方式。美利坚合众国宪法未对此作任何禁止，本院亦未曾被授予任何权力，来质疑一州以此类契约约束自身的权利，只要该州认为订立这样的契约是合适的。

当然存在任何一州都不能漠视的确定不变的正义原则、合理政策和公共责任，否则就会对社区和组成这个社区的公民造成严重的损害。而有时，各州会不谨慎地订立契约，就像个人一样，会缺乏远见地授予特许权、豁免权并免除公共责任。但是，是否订立这样的契约，完全应由各州独立考虑。这是在行使毫无争议的、未通过宪法让渡于美利坚合众国的主权权力，而对于这种主权权力，本院亦不得控制。因为，在这个国家没有任何一个裁判机构，会以各州人民可能会订立对他们自身有害的契约为据，而主张一州人民在行使其主权的过程中，可以被限制在比美利坚合众国宪法的规定更为狭窄的范围内。一州人民是他们自身利益的最佳法官，该原则是我们政治制度的基石。

同样清楚的是，基于同样的原则，一州人民可以通过他们所采用的政府形式，将他们自己所享有的所有主权权力与权利转交于他们的公务人员和代表，或者可以将他们限制在对公共利益最有利和最安全的范围内。他们可以赋予这些人向银行或其他公司颁发特许状的权力，或者在特许状存续期间的一个有限期间内对银行或其他公司的财产免征税收，或者承认它们承担少于合理份额的公共负担。这一权力可能被轻率地或不智地行使。在银行或者其他公司可能是一种公共利益（public benefit）的信念下，该州公务人员或者代表可以契约形式免除它们所应当承担的公平税负。经验或许表明这是一种公共损害（public

injury)。但是，如果契约并未超出州宪法所赋予的权限，它就像由适格的机关订立的任何契约一样，对双方都有拘束力。该州人民或其代表，都不能通过后续颁布的法令，来损害该契约的义务。当契约已订立，美利坚合众国的宪法保护它，并宣布它不能被破坏，而使之付诸执行亦成为本院的职责。这个职责必须履行。

这个原则在 *The Providence Bank v. Billings* 一案中得到确认，……并且在 *Charles River Bridge Company* 一案中再次获得确认。……委托给一州立法机关的主权权力，毫无疑问是交付给他们的一种信托，他们必须以他们的最佳判断，为公益而行使，没有哪个立法机关可以其自身的法律，剥夺其后继者享有人民委托给该立法机关的权力或主权权利，除非使其得以选举成立的宪法授权其这样做。因此，他们不能以契约来剥夺未来的立法机关征收其认为对公共事业来说是必要的税收的权力，或者剥夺未来立法机关行使委托给立法机关的任何其他主权行为的权力，除非州宪法赋予他们订立这样的契约的权力。在就这个主题的任何争议中，问题都必须依赖州宪法以及州宪法赋予立法机关的权力范围来解决。

这就立即给本院带来这样的问题：俄亥俄州的宪法有没有授权它的立法机关以契约形式免除该公司在其特许状存续期间所应承担的合理份额公共负担？在本案中，俄亥俄最高法院认定该州宪法没有这样做。但该特许状是在 1802 年州宪法还依然有效时授予的，很明显，该判决与在 1802 年州宪法的整个存续期间内的一贯宪法解释相冲突。通过考察该州立法机关的行为，可以发现，在 1802 年州宪法生效期间，这项权力被反复地运用，并得到该州人民的默许。这也得到该州最高法院直接而明确的支持。……

而当一州的宪法，在近半个世纪的时间内，得到所有政府部门、立法机关、行政机关和司法机关的一贯而未有争议的解释时，我认为这种解释必须被视为一个正确的解释。确实，在解释各州自身的宪法和法律的时候，本院一贯遵循州法院的判决。但在那些判决相冲突时，本院就必须在它们之间作出决定。几近半个世纪中，政府的任何部门都未对该州宪法的解释提出任何异议，同时该解释也得到司法判决的支撑，我们当然就必须认定该解释足以赋予该州宪法以固定而明确的意思。与州当局的契约就是根据这个宪法订立的。而在这种契约的有效性问题上，依据最合理的正义原则，本院必须采纳契约订立时的州政府机关对州宪法的解释。……

此类案件中的解释规则，本院早已确立。授予公司特权和免除公司责任，必须按照不利于公司而对公众有利的方式来严格解释。除以清晰和明确的条款而表示的外，本院将不予认可。不论是征税权，还是该社区应当保有并使之不被削弱的任何其他主权权力，本院都不能认定已经被放弃，除非放弃这些权力的意图得到十分清楚而不致被误解的文字所证明。这是在 *The Providence Bank v. Billings* 一案中确立的规则，并在 *Charles River Bridge Company* 一案中得到重申。

该规则并非仅仅建立在既判案件的权威上。它根植于正义原则，并且对联邦中的每一州的安全和福利来说都是必要的。由于几乎每个设立银行、保险和信托公司、铁路公司或其他公司的法案，最初都是由与获得特许状有切身利害关系的当事人制订的，并且这些法案经常在立法机关会议的最后几天获得通

过，而在这时，就我们政治制度的性质来看，往往不可避免地匆促处理事务——这是本院不得不加以指出的一个公共历史问题。因此，要求每个成员对其要表决的法案的每个条款都慎重审查，是不可能的。

而在另一方面，在投入他们的金钱之前，接受该特许状的那些人有充足的时间细查并考虑特许状的条款。因此，如果他们要求享有任何特定的特权，或者任何税负的豁免，那么，保证他们试图要求的该项权利或豁免是以清晰且不含混的语言授予的，就是他们的责任。在这样的案件中，本院根据美利坚合众国宪法而负有义务行使的职权，是本院最为微妙也最为重要的职责之一。如果个人决定接受这样的特许状，其中的措辞可作多种解释，或者可能被该州的代表们认为只是立法的而非契约的措辞，未来可以被修正和废除，那么，接受该特许状的当事人就没有任何正当权利，要求本院运用它对州的优越权力来对引起疑问或含混的措辞进行裁决，亦没有任何正当权利要求法院对所谓的衡平惯例或得自于公司设立法案中的其他条款的推论进行裁决。若存在支持他们的衡平因素，他们的申请应向该州提起，而不是向本院提起。若他们来到此处，诉称他们享有平等份额的公共负担的豁免权，或者任何特定的豁免权或特权，他们必须证明他们有资格享有此种权利，而此种资格必须为清晰而不含混的语言所证明。……

（然后，坦尼判决，原告诉称的税收豁免权没有在其特许状中明确地表示出来，因此该州法律未损害该契约的义务。）

（邓海平译　史大晓校）

11. 多吉诉乌尔塞（*Dodge v. Woolsey*, 18 Howard 331 [1856]）

Dodge v. Woolsey 一案给了坦尼法院贯彻首席大法官在前一个案件中表达的观点的机会。俄亥俄州立银行 1845 年特许状规定该银行应向该州缴纳其盈利的 6%，替代其应缴纳的所有税款。但是，六年以后，新的州宪法规定所有的银行必须缴纳财产税。随后，立法机关制定了新的税法，使得该银行要缴纳的税款，比其在先前的安排下所应缴纳的税款多大约 7000 美元。乌尔塞，一个股东，试图以新的法律损害了一个有效契约的义务为由，阻止该州征收此税。

大法官维因（Wayne）宣布法院判决如下：

1845 年的法律是与该银行之间的一个协议，或者说是准契约（*quasi ex contractu*）——也是与股东之间的一个协议，或者说准契约——不论是此类银行，还是此类股东，都不能被课以比该 1845 年法律第 60 条规定应征收的数额还要多的任何其他税款。

第六十条规定："所有属本法管辖的金融公司，接受并遵守本法条款，就应每半年，在分派股利的时候，在扣除其在最近6个月中的开支和已确定损失后，向州缴纳其剩余利润的6%；因此而缴纳的数额应当替代该公司、或该公司股东应缴纳的所有税款。其缴纳的数额应根据州审计官的命令交至财政部长处。"1853年税收法案是这样规定的："所有根据本州法律已设立或未来将要设立的、并且有权发行流通金融票据的银行和金融公司的行长和财务负责人，应当于每年的五月份，有责任制作并向该银行或金融公司所在县的审计官提交一份包括以下内容的书面报告：第一，票据贴现或购买的平均数额，包括所有贷款或贴现，而不论这些贷款或贴现是在上述年份中还是在此前任何时间中成交的还是展期的，也不论它们是以汇票、票据、债券、抵押单据还是任何其他债权凭证完成的（上述所有各项都必须以它们的实际货币成本价值来表示），也不论上述凭证是在上述期间之前、之中还是之后到期，只要上述金融公司对此类贷款或者贴现于任何时候预扣或收取了或者有权收取任何利润或者任何其他对价；其次，所有其他金钱、动产或属于银行或金融公司的任何一种应收款项，不论以上各项是被贷出、投资或以利润为目的而以其他方式被使用，还是该银行或金融公司对之收取了或有权收取利息。"

将这两个法案联系在一起来考查，二者在征税模式上的差别就更一目了然了。显而易见，第二个法案并非是对银行的利润征税，而是对其整个业务额、资本、流通证券、信贷与应收款项征税，据称这是为了均衡银行赋税和个人财产税。对这两个法案及其附加于本判决的税收统计报告书进行仔细的考察，就能证明这样的均衡并未实现。我们发现，不论1852年4月13日法案中个人财产这个条目下到底包含哪些财产，对银行征收的税款比对个人财产征收的厘数的三倍还多。但是上述均衡的未实现对我们作出结论并没有什么影响。因为该州规定对银行征税的1824年2月24日的法案，是一个合法契约，在银行的特许状到期也即1866年以前，对该州和银行、还有银行的股东都平等适用。我们根本无须对该法案措辞——即"在宣布分红的规定时间，也即，每年五月和十一月的第一个星期一，在扣除每个分红日之前的最近6个月中发生的银行开支与已确定损失后，银行须向俄亥俄州缴纳其利润的6%；因此而缴纳的数额应当替代该公司或该公司股东根据他们所拥有的公司股份应缴纳的所有税款"——进行严格的考察，因为这再清楚不过了。而"应缴纳的税款"的措辞与立法机关的征税权相关，也即是对该权力的放弃，对通过该法案的立法机关有契约上的约束力，对其后的立法机关亦有契约上的约束力，在该银行的特许状存续期间，立法机关不能对该银行的半年利润征收超过6%的税收。宪法的变更并不能使一州免于承担其根据允许订立这些契约的宪法而订立的契约的义务。问题是，该契约是否为当时的宪法所允许？如果这样（在本案中这是不能否认的），于1802年批准宪法的主权者和制定1852年宪法的主权者是一模一样的，其中任何一个都不比另一个享有更多的权力，使之可以损害州立法机关与个人订立的契约。这种道德义务是永远不会消亡的。如果其为州和国家所违背，尽管我们不会用我们习惯谴责个人背信弃义的那些词语来谴责州或者国家，但这种行为对正义的违背并不比个人的背信弃义更为轻微……

（邓海平译　史大晓校）

（三）奴隶问题

12. 普瑞格诉宾夕法尼亚案（*Prigg v. Pennsylvania*, 16 Peters 539［1842］）

宪法第四条第二节规定了应归还逃亡奴隶，在1793年，国会实施了这一规定，并规定了收回奴隶的某些程序。但在接下来的一个世纪中，在北部诸州不断增大的废奴主义压力导致了所谓的“个人自由”法律，这些法律将举证责任推向奴隶主。不友好的地方法官越来越多地拒绝由奴隶主提供的证据。*Prigg* 一案是向宾夕法尼亚州的一个此种制定法挑战的一个串谋诉讼。正如他通常的国家主义倾向一样，大法官斯托利（Story）这次站在多数意见的立场上判决联邦政府已经独占了逃亡奴隶的问题，禁止各州对此问题进行立法。但他也提出并不要求州的官员执行这些联邦法律。坦尼（Taney）领导警觉的南方派（southerners）对法院判决的这个部分表述了不同意见。

大法官斯托利（Story）宣布法院判决如下：

宪法中有两个关于逃亡奴隶的条文，二者是并列的，并被认为是相辅相成的。他们都在第四条第二款中，是这样表述的：

> 在任何一州被指控犯有叛国罪、重罪或者其他罪行者，逃脱审判而在另一州被发现的，应根据其人所由逃出之州的行政当局的请求，引渡该犯以便移解至对该案有管辖权的州。
>
> 根据一州法律而必须在该州服兵役或者服劳役者逃往另一州的，不得根据逃往州的法律或规定解除其兵役或劳役，而应根据要求其服兵役或劳役的当事一方的要求引渡。

最后一个条文的真实解释对我们来说再简单明了不过了。从历史上来说，本条款的目的是为了保障蓄奴各州的公民对作为他们财产的奴隶，在奴隶可能逃往的联邦内的任何一州，拥有完整的权利和所有权，这是众所周知的。对这种权利和所有权的完全认可，对蓄奴各州的这种财产的安全来说，是必不可少的。并且，实际上，这对保障各州自身的利益和制度是如此的重要，以致我们不能对它是一个根本条款提出怀疑——若该条款未被采纳，联邦就不可能建立。……

根据宪法，奴隶主被赋予了在联邦的任何一州内抓捕和重新俘获他的奴隶的完全的权利，只要奴隶主这样做时不破坏和平或者使用非法暴力。在这个意

义或程度上来说，宪法中有这个条文本身就足够了，它不需要任何州或者联邦立法的辅助。……

如果宪法确实保障了这一权利，如果它确实要求根据奴隶主的要求而交还奴隶（这是很难被质疑的），自然的推论当然就是，联邦政府被赋予了适当的权威和职能来执行它。适用于所有此类案件的基本原则似乎就是，在要求目标实现之处，就必定赋予了实现目标的手段。赋予了职责，那么履行这种职责的能力就必定存于负有这种职责的公职人员的身上。该条文存于联邦宪法中，而不是任何州的宪法中。它没有指明任何州的公职人员来实现它的规定，也没有指明在实现它的规定的过程中各州的任何作用。因此，各州就不能被强行要求来实现它的规定，并且如果坚持认为各州必须为实现联邦政府职能而提供手段的话，这完全可以被看作是解释权的违宪运用，宪法中没有任何规定将这一责任委托给了各州。相反，自然的（若不是必然的）结论是，在缺乏任何相反的积极规定的情况下，联邦政府必须通过它自身的适当部门，不论是立法、司法还是行政部门，来实现宪法规定的权利和职责。……

剩下的问题是，联邦政府对此问题的立法权是排他性的，还是各州是可以共同享有的，直至国会行使了该权力时为止。我们的意见是排他性的。现在我们将简要解释一下我们持这种意见的原因。本院在 *Sturges v. Crowninshield*, 4 Wheat. 122 一案中表述的原则（页 193），包含一个真实的、尽管不是惟一的规则和考虑，适用于这个特定的问题。"无论在什么情况下"，首席大法官马歇尔先生在宣布法院的判决时说到，"授予国会一项权力的条款，或者该权力的性质，要求这个权力必须由国会排他性地行使，此种权力的对象被排除在州立法机关管辖之外，它们被禁止对之采取行动"。这样，在考虑权力的排他性的时候，衡量该权力的性质及它所要实现的目标，就与衡量授予该权力的文字一样重要。

首先，抓捕和重新俘获逃亡奴隶的权利以及交出他们的责任——不论他们在何州被发现，当然，还有国会以适当方式实现这种权利和责任的相应的权力，这一切的有效性和强制性都完全来源于合众国宪法，并且也是在那里，它们才在这种独特性质上得到承认和确立。在宪法通过之前，除了在它们各自的领土范围之内外，没有任何州对这个问题拥有任何的权力、它们也不能约束其他州的主权或者立法。无论何时该权利被任何一州认可或者该责任被任何一州执行，都是一个礼让和友好的问题，而不是严格的道德、政治或国际义务和责任的问题。……

其次，该条文的性质和它所要实现的目标，要求它必须由一个统一的意志控制，并在整个联邦内以同样的规则体系来统一执行。因此，如果在没有国会立法的情况下，各州有对这个问题采取行动的权利，各州都可自由地通过仅符合自身的政策、当地便利和当地情感的法令。这样，一州的立法不仅可能不同于另一州的立法，而且可能完全与之相冲突或者不相容。时间、模式与救济时效、所有权证据和所有其他适用于此的事项，都可能在一州中这样被规定，而在另一州却被拒绝和否认。一州可能要求奴隶主以某种模式起诉，而另一州则可能是一个不同的模式。一州可能在自己的法庭中使法定救济时效非常短暂，而另一州则可能延长这个时效，但是却在证据问题上作出限制。不仅如此，一些州可能根本就完全拒绝对这个问题采取行动，而其他州可能拒绝让其法院提

供任何对物救济，因为这些救济可能干涉它们自身的内部政策、制度或者习惯。这样一来，该权利在实际上就不可能在所有的州中都一致。它将没有同一的目的，在实施上也不统一。该责任可能在某些州中被强制执行，在另外一些州中却被拖延或者被限制，而在其他一些州中则被拒绝，在许多州——如果不是在所有的州的话，这种拒绝是强制性的。当时人们一定预见到了这样的后果很可能发生在非蓄奴各州——在这些州的立法，如果不是对这个问题沉默不语，而是纯粹自主立法的话，很难指望有利于奴隶主行使这些权力。……

然而，为了防止对我们的观点任何可能的误解，作如下说明是合适的，即我们决不能在任何意义上被理解为是要质疑或者干涉州根据它们自己的普遍性主权而享有的治安权。该治安权适用于各州领土范围内的所有对象，并且其从未被让渡给合众国。它完全不同于正在讨论的该条款所确保的权利和责任，因为该条款完全来自于合众国宪法并为宪法所保障，进而，它的效力也完全来源于宪法。我们丝毫不怀疑，各州根据它们的一般治安权，管辖权，逮捕和监禁逃跑奴隶以及将他们驱逐出境，这样它们可以确保它们自身不致堕落、不受邪恶榜样的侵扰，就像它们在懒汉、流浪汉和乞丐这样的案件中所做的那样。而奴隶主对逃亡奴隶的权利，决不能由这样的一个做法所干涉或者规制。在许多案件中，这项治安权的运用，可能在实质上促进并有助于奴隶主的利益，虽然它总体上是为其他目的设计的，是为了该州的保障、安全和安宁。但这样的法令从未被允许去干涉或妨碍奴隶主要求归还他的奴隶的正当权利——该权利来源于合众国宪法，或者干涉国会为帮助实现这些权利而规定的救济。……

*　　　　*　　　　*

大法官坦尼（Tancy）发表独立意见如下：

我赞同本院宣布的判决意见，即复审原告据以指控的这个宾夕法尼亚州法律，是违宪的和无效的。因而，对他不利的判决必须推翻。但是因为在宪法解释上出现问题，也因为我并不完全同意刚宣布的判决中所包含的所有原则，因此，有必要说明我所不同意的地方。……

本院的判决认为对这个问题的权力被排他性地置于国会，在合众国宪法被采纳之后，任何州都不得通过任何与之相关的法律。换句话说，在刚刚作出的判决意见中，各州当局被禁止为了保护奴隶主的权利而干涉或者帮助他取回他的财产。我认为各州并未被禁止，并且相反，当奴隶主致力于重新占有在各州各自的领土内发现的属于他的财产时，各州应保护和支持这个奴隶主，这是赋予各州的一种责任。

在我看来，宪法中使用的语言，并未为本院的解释提供正当性。它并不包含任何禁止各州通过实施这项权利的法律的言辞。各州被明确禁止通过任何损害该权利的法令，但仅此而已。根据已确立的所有成文文件解释的规则，该项禁止仅限于有损此项权利的法律，而通过支持和实施此项权利的法律的权力，则是其中应有之意。规定必须"交出"逃亡奴隶的条款的措辞，很明显是要将通过法律善意实施并经他们严肃地相互缔结的协议（即宪法——译者）作为一个责任加于各州人民。合众国宪法和其中的每一条款，都是联邦内各州的法律

的一部分，并且是最高的法律。因此，奴隶主抓捕逃亡奴隶的权利，是每一州自身的法律，并且任何一州都不得废除或者修改它。而为什么一州不可以保护为它自身的最高法律所认可的财产权？另外，各州的法律，在所有其他的案件中，一向都保护他州公民的财产权，如果财产在它们各自的领土范围之内被发现的话，并且没有人会怀疑它们有这样做的权力。当没有任何明示禁止的情况下，我看不出在目前的情况下，通过默示确立一个不同的规则的任何理由，当这种财产权作为一个在联邦各州内既存的权利而被联邦宪法所认可。……

因此，在这样的基础上，我不同意本院判决中，在奴隶主依照合众国宪法所赋予的权利而致力于抓捕逃脱劳役的逃亡奴隶时，否认各州当局有保护奴隶主的责任和权利的部分；当然，州法不能与国会所规定的救济相冲突。

（邓海平译　史大晓校）

13. 德里得·斯葛特诉桑德福特案（*Dred Scott v. Sandford*, 19 Howard 393 [1857]）

有关奴隶制的最为棘手的问题涉及联邦政府在美国的领地（the territories）内禁止奴隶制的权力。1820 年的密苏里和解协议（the Missouri Compromise）试图通过分割路易斯安那购置地（Louisiana Purchase Area）来解决这个问题。但十年后，南方强硬地主张联邦政府在领地的任何部分都无权排除奴隶制。这一主张建立在州主权理论上，这些理论认为联邦政府是为了所有的州而托管了领地。尽管坦尼（Taney）早就提出了法院不能干涉政治问题的思想，他和其他法官还是想创制一个确定的宪法解决方案以解决这个问题。在很大程度上，法院是回应了解决这个僵化的政治制度所无法解决的问题的不断增长的要求。尽管坦尼的意见是主导意见，但很难说它就是“法院的意见”，因为在大部分关键问题上存在着广泛的分歧。每一个大法官都写下了单独的意见，而柯尔蒂斯（Curtis）和迈克李恩（McLean）则不同意他们的同事的亲南方（pro-southern）立场。没有哪个法院判决的政治影响能超过这个判决。它立即就使南方扩张奴隶制的原则合法化，同时还为共和党抹上了卡桑德拉（Cassandra）式不祥光环。[①]

首席大法官坦尼（Taney）宣布法院判决如下：

① 希腊的神，特洛伊国王 Priam 之女。Appollo 曾向她求爱，并因此赋予她预言能力，后又因所求不遂下令不准人信其预言。——译者注。

问题全在于此：一个黑人，他的祖先被输入这个国家，并被当作奴隶出售，是否可以成为合众国宪法塑造并建立的政治社会中的一员，并因此而享有所有宪法保障的公民的权利、特权和豁免？其中的一项权利是在宪法规定的案件中在合众国法院进行诉讼的权利。

我们应当说，该请求适用于祖先是非洲种族，后被输入这个国家并作为奴隶出售和被人占有的社会阶层。因此，本院面临的惟一的问题是：这些奴隶的后裔，他们被解放后，或者在他们出生前他们的父母已经自由，是否是一州的公民——在宪法使用的公民一词意义上的公民？这是在申辩中惟一有争议的问题，因此，本院的意见必须被理解为仅针对于该阶层的人，即那些被输入这个国家并被当作奴隶而出售的非洲人的后裔。……

"合众国人民"和"公民"是同义词，所指相同。它们描述的都是这样的一个政治体，这些人根据我们的共和制度，构建了一个主权，拥有权力并通过他们的代表来管理政府。他们就是我们常说的"主权人民"，每个公民都是这个人民中的一员，也是这个主权国家的组成成员。我们面临的问题是，妨诉抗辩（plea in abatement）中所指的阶层中的人，是否构成这个人民中的一部分，并是这个主权国家的组成成员？我们认为他们不是，他们并不被包含于、亦未被打算包含于宪法中的"公民"之中，因此他们就不得主张宪法规定并保障的合众国公民享有的所有权利和特权。相反，在当时，他们被当作一个附属的和下等的阶层，他们服从于处于支配地位的种族，而不论被解放与否，依旧服从于该种族的权威，并且，除了当权者和政府选择授予他们的权利之外，他们不享有任何其他权利和特权。

决定这些法律是正义的还是非正义的，是明智之举还是失策之举，不属本院的管辖范围。这个问题的决定权属于政治或者立法权力，属于那些构建这个主权并制定宪法的人。本院的责任是，根据我们所能收集到的最佳信息，来解释他们制定的宪法，并根据我们的判断，依循宪法被采纳时的真实意图和意思来实施宪法。

在讨论这个问题的时候，我们一定不能混淆一州在其疆域范围内赋予的公民权和作为联邦成员的公民权。他享有一州公民所享有的所有权利和特权，并不必然意味着他就是合众国的公民。他可以享有作为一州公民所享有的所有权利和特权，但他却不享有任何其他州公民所享有的权利和特权。因为，在采用合众国宪法之前，任何一州都享有一个不容置疑的权利：赋予它所选择的任何人以公民资格，并赋予他所有公民权利。但是这个资格被限制在该州的边界范围内，且不能给予他在任何其他州享有超过国际法和州际礼让所保障的任何权利和特权。各州也没有因采用合众国宪法而让渡了赋予这些权利和特权的权力。……

因此，这就非常明显：在宪法通过之后，没有任何州可以在宪法通过之后以任何法案或法律的方式，将一个新成员引入由合众国宪法所创建的政治社会。一州不能通过使之成为自身的一员的方式而使他成为这个政治社会中的成员。基于同样的理由，一州亦不能将宪法不欲包括的而是要排除的任何人或者任何种类的人引入这个由宪法创建的新的政治家庭。

问题就产生了：宪法中关于一州公民必须享有的个人权利和特权的条款，是否包括了那些当时在这个国家或者在那以后输入的非洲黑人种族，他们当时

或者以后在某州中获得自由。这些条款是否将这样的权力置于单个州的手中，该权力可使这些人成为合众国公民，并且不需经他州同意，就赋予这些人在任何他州中享有完全的公民权利？合众国宪法是否适用于无论何时根据一州法律而获自由并上升到公民阶层的这些人，并立即让他们在任何其他州及该州的法院中享有所有的公民特权？

本院认为，对这些问题的肯定回答都无法获得支持。如果这样，那么，复审原告就不能是密苏里州的合众国宪法意义上的公民，并且因此不享有在该州法院中起诉的权利。

在采用宪法之时被各州认可为公民的任何人、任何阶层和种类的人，也就成为了这个新的政治体的公民，这是确信无疑的。但其他任何人都不是如此。这个政治体是由他们建立的，是为了他们自己和他们的后代，而不是为了任何其他人。赋予给这个新主权的公民的个人权利和特权，只欲包括根据宪法条款和宪法赖以建立的原则而在当时就是各州社会的成员，或者在那以后因为生而具有的权利或其他原因而成为成员的那些人。那些不同且相互分立的政治社会的成员联盟成一个政治家庭，而这个政治家庭的权力，因为某些特定的目的，扩展到合众国的整个领土范围内。这个政治家庭给予每个公民在他所属的州之外享有联盟前他所不享有的权利和特权，并使得他在人身权和财产权上与任何其他州的公民完全平等；这个政治家庭使他成为了合众国的一个公民。……

在本院看来，当时的立法和历史以及独立宣言中所使用的语言都表明，作为奴隶输入的那个阶层的人及他们的后代，不论是否已经成为自由人，在当时都不被承认为人民的一部分，也从未被包括在那个值得纪念的文件（指宪法——译者）中。……

在一个多世纪以前他们就一直被当作一群低等生命，不论是在社交还是在政治关系中，他们都不适合于与白人交往。他们是如此的低等，以致他们不享有任何白人必须尊重的权利，而为了黑人自己的利益而让他们沦为奴隶是公正且合法的。……

不同的殖民地的立法为这一事实提供了肯定的、无可争议的证据。……

而独立宣言的语言同样也是不容置疑的。……

但是，这是如此清楚，根本不容置疑，即，人们从未打算将作为奴隶的非洲种族包括在内，非洲种族也不属于制定和采用这个宣言的人民的一部分。因为如果这个宣言的语言（按照当时的理解）包括了这些非洲种族，那么那些制定独立宣言的杰出人士的行为就完全和他们所主张的原则公然矛盾。这些人士将无法获得人类的同情（他们曾非常自信地诉诸于此），而定会得到普遍的非难和谴责。……

这样的民意在宪法通过之时没有发生任何变化，这同样也可以从宪法条款和语言中找到证明。……

而宪法中有两个条款直接和特别地指出了黑人种族是一个单独的阶层，并清楚地表明他们不被包括在当时成立的政府的人民或者公民的一部分之中。

这些条款中的其中一条将在1808年以前输入奴隶的权利保留给了这十三个州，只要各州认为合适……另一条中各州相互保证维护奴隶主的财产权，它们将向奴隶主交出任何逃脱劳役而在它们各自的领土范围内被发现的任何奴隶。……

仅有的两个指向并包括非洲种族的条款，把非洲种族作为财产，并规定政府有保护这种财产的职责，没有任何与这个种族相关的其他权力能够在宪法中找到。并且，作为一个被授予了特定权力的政府，它行使任何超过这两个条款规定的权力都将是不合宪的。除了为保护财产所有者的权利的目的外，合众国政府没有因其他任何目的而干涉与这个种族相关的事务的权力，它把这个权力完全留给了各州自身，而不论这个种族的人是否被解放，各州都可按照它们所认为的正义、人道、社会利益和社会安全的要求来处理这些事务。很明显，各州想把这个权力排他性地留给它们自身。……

在对这个问题作出了全面、审慎的考虑之后，本院的意见是，根据已陈述的事实，……德拉德·斯葛特（Dred Scott）不是密苏里州的在合众国宪法意义上的公民，不享有像在该州法院中起诉等等诸如此类的权利。因此，巡回法院对这个案件就没有管辖权，对妨诉抗辩的裁决就是错误的。……

我们接下来……要审查原告所依据的事实是否赋予了他自由的权利……

原告所依据的国会法案，宣布除非作为对犯罪的惩罚，奴隶制度和强制劳役（involuntary servitude）须永远在由法国出让的、名叫路易斯安那的整个地区予以禁止。该地区处在北纬三十六度三十分以北，但不被包括在密苏里州的边界范围内。在开始这部分审查的时候，我们所面临的困难是，根据宪法授予国会的任何权力，国会是否被授权通过这个法律。因为，若宪法并未授予这个权力，宣布这个法律无效且它不能赋予根据任何一州的法律而作为奴隶被人拥有的任何人以自由，就是本院的责任。……

原告的辩护人极力强调宪法中授予国会“废除和制定有关领土或属于合众国财产的所有必要的规则和法规”的权力的那个条款，但是在本院看来，这个条款和目前这个争议没有关系，而该条款中所授予的权力，不论它是什么样的权力，都仅限于、当时也欲使之仅限于当时属于合众国或者合众国主张的领土，仅限于与大不列颠签订的条约所确定的边界内，不能影响后来从外国政府获得的领土。它是一个仅适用于一片既知的和特定的领土，以便应付当时而临的紧急情况的规定，而不适用于任何其他更多的对象……

然而，我们并不是说要质疑国会在这方面的权力。通过接纳新州而扩张合众国领土的权力是被明确地授予了的。而所有政府部门在解释这个权力时都认为它授予了领土取得的权力，这些领土当时并不适合于被纳入合众国，但以后一旦人口和情况允许就可以被接纳进来。这样取得的一片领土是要成为一个州，而不是作为一个殖民地由国会持有并以绝对权威进行统治。而既然接纳一个新州是否合适应由国会合理自由裁量，那么为了这个目的而取得土地的权力——该土地由合众国持有，直至它达到适当的条件可以成为一个与他州平等的州——必须取决于相同的裁量。这是一个由政府的政治部门而不是司法机关决定的问题，并且不论政府的政治部门承认哪片土地属于合众国的范围之内，司法部门也就必须承认，并在它之内实施合众国的法律（只要这些法律能够被适用），并且在这个土地范围内维护政府的权威和权利，还有宪法保障的个体公民的人身权和财产权。在这个问题上我们想说的一切就是，既然在宪法中没有明确的规定，以确定联邦政府对在一片这样取得的土地内的公民的人身或财产可以行使的权力，本院就必须求诸宪法中的条款和原则以及它的权力分配规定，以确定本院的判决所应依据的规则和原则。

以这个规则为指导，我们可以有把握地断定，迁移到属于合众国人民的一片土地上的合众国公民，不能被认为仅是依赖于联邦政府的意志并受联邦政府认为应当实施的任何法律管辖的殖民者。我们的政府赖以存在的原则，赖以继续存在的惟一的原则，就是各州联盟。在这个联盟中，在它们各自的边界范围内，各州在内部事务上是独立的和享有主权的，它们因一个联邦政府而结合成一个民族，这个联邦政府享有由各州人民委托的某些列举的、有限的权力，并在合众国领土范围内、在这些被委托的权力的范围内行使最高的权威。因此，联邦政府取得和持有殖民地和附属性土地的权力——各州对这些土地本可以不受限制地立法——将与联邦政府目前的存在形式相抵触。不论联邦政府取得什么，它都是为了建立它的各州人民的利益而取得的。联邦政府是他们的受托人，这些受托人被赋予促进联邦的整个人民的利益的责任，并为此而行使被授予的特定权力。……

但在我们的宪法和政体下，国会对公民的人身和财产的权力不可能是一种自由裁量权。联邦政府的权力和公民的权利与特权由宪法本身明确规定。并且，当这片土地变成了联邦政府的一部分，联邦政府就以创建它的那些人赋予它的资格来占有这片土地。联邦政府以宪法严格规定和限制它对公民的权力来占有这片土地——联邦政府因宪法而获得了存在，也仅凭宪法而得以作为一个政府和主权而继续存在。它不享有任何超过宪法的权力；并且，当它进入合众国的一片土地时，它也不能置它的资格于不顾而行使宪法没有授予它的任意的或专断的权力。联邦政府也不能脱离合众国公民和它依据宪法的规定而向他们承担的责任而为自己创造一种新的资格。这片土地，作为合众国的一部分，联邦政府和公民都以宪法的权威、以宪法规定的和划分的各自享有的权利而进入；联邦政府不能对公民的人身和财产行使任何超过宪法所赋予的权力，也不能否定宪法保留的任何权利。……

这些与人身权利相关的权力（包括其他权力）——在这里没有必要列举——被以明示的和肯定的条款，拒绝授予联邦政府；而私人财产权利则得到同等细心的保护。因此，财产权与人身权是统一在一起的，并被宪法第五修正案置于同样的地位，该修正案规定没有任何人可以不经正当法律程序而被剥夺生命、自由和财产。而不经正当程序——仅因公民自己进入或把自己的财产带入合众国特定的一片土地——就剥夺一个未曾犯下任何不法罪行的公民的自由和财产的国会法案，不论如何都不能说与正当法律程序的尊荣相配。……

我们谈到的对公民人身和财产的权力，非但未授予国会，反而以明示条款而拒绝授予国会，国会被禁止行使这样的权力。这一禁止并不仅限于对各州适用，它的文字是普遍性的，适用于宪法授予国会可以行使立法权的整个地区，包括这个地区中依然处在领地政府管辖之下的部分，也包括处在各州范围内的各个部分。……

然而，似乎有人认为奴隶所有权和其他所有权之间存在差别，因此在解释合众国宪法的时候就必须对奴隶财产适用不同的规则。在论辩中，还详细引证了国际法和国际惯例，杰出的法学家对奴隶主和奴隶关系以及他们双方的权利和义务的论述，还有各国政府可能对奴隶所有权行使的权力。

但是，在考虑我们面临的这个问题时，我们必须记住这一点：在合众国的人民和政府之间并不存在国际法，国际法也不干涉这二者之间的关系。政府的

权力和在政府之下的公民的权利已经在肯定而切实的章程中明白无误地写明。合众国人民已经委托给政府一定的列举权力，同时禁止它行使其他权力。除了享有合众国公民授予的权力外，政府对一个公民的人身和财产没有任何权力。而其他国家的法律和习惯，或者政治家或法学家对奴隶主和奴隶关系的推理，都不能扩大政府的权力，也不能剥夺公民保留给自己的权利。如果宪法承认奴隶主的奴隶所有权，并未区分一个公民拥有的这种财产和其他财产，那么在合众国权威之下的任何机构，不论它是立法、行政还是司法机构，都没有权利作出这样的一个区分，或者否定这种财产享有为保护私人财产不受政府侵犯而规定的条款和保护所带来的利益。

就像我们在本判决的前面部分就另外一个问题论述时所说的那样，奴隶财产权已经得到宪法独特而明确的确认。而奴隶买卖权，就像一件普通的商品或者财产一样，合众国的公民也得到允诺，可以在二十年内，在任何愿意保留奴隶制的州，享有这种权利。并且政府也已明确保证在未来的任何时候保护这种财产，如果奴隶从他的主人处逃离的话。这些都是以清楚的文字规定的——这些规定是如此清楚，以致根本不可能产生误解。而且在宪法中也找不到任何文字能让政府对奴隶财产享有更大的权力，或者可使对这种财产的保护少于对任何其他种类的财产的保护的权力。被授予政府的惟一的权力，就是那种伴随着保护奴隶主权利的义务的一种权力。

根据这些理由，本院的意见是，禁止合众国公民持有和拥有在前面提到的那条纬线以北的地区内的这种财产的国会法案，不为宪法支持，因此它是无效的。不论是德里得·斯葛特，还是他的家庭中的任何成员，都不因被带人这个地区而获得自由，即使他们的主人是意图成为那里的永久居民而把他们带人了该地区。……

（邓海平译　史大晓校）

四、内战、重建与种族问题：蔡斯法院和怀特法院（1864—1888）

（一）战争与人身保护令

（二）战后重建

（三）州和民权

（四）宪法与自由权

（一）战争与人身保护令

1．俘获案（*The Prize Cases*，2 Black 635［1863］）

林肯总统在内战爆发一周后，宣布对南部港口进行封锁。在随后的七月份，国会认可了他的行动。但是，俘获船只作为战利品的合法权利只存在于战争状态下。因而问题就是，这一冲突只是一个叛乱还是一次战争。林肯政府经常坚持认为它只是一次叛乱，并不承认所谓的美利坚邦联（Confederate States of America）的任何合法存在。这一事实使问题复杂化了。但是联邦政府发现，为了防止中立国支援美利坚邦联，它有必要行使交战国权利并承担交战国责任。法院在俘获案中（the *Prize* cases）的判决适应了联邦政府一方的紧急需要，但由于国内政治的原因，联邦政府继续把这一冲突当作一次叛乱。首席大法官坦尼（Taney）和法院中其他的民主党人，除了格来尔（Grier）之外，都不同意法院判决。

大法官格来尔（Grier）宣布法院判决如下：

根据文明各国知道并认可的国际法原则，总统是否有权对处于反政府武装叛乱者控制之下的港口进行封锁？……

中立国有权质疑事实封锁（blocked *de facto*）存在的合法性，以及交战一方实施这一封锁的权力。中立国有权进入一个友好国家的港口进行贸易和商业活动，但必须承认实际战争中交战一方为征服敌人之目的而采取这种强制方式的权利。

事实封锁确实存在，并且是在1861年4月27日和4月30日被总统正式宣布和通告，这是这些案件中的公认事实。

总统，作为政府行政首脑和陆海军的总司令，是宣布这种封锁的正当人员，这从未也不容被争议。

俘获权（right of prize and capture）根源于“战争法（*jus belli*）”，由国际法管辖并根据国际法来裁决。要使在公海上俘获中立国的船只或者财产是合法的，战争就必须实际存在，而中立国也必须知道交战一方对另一方控制的港口、城市或者土地采取这种方式的强制措施的意图。

让我们首先审查，在实施封锁的时候，是否存在使诉诸这些手段征服敌对武装获得正当性的战争状态。

战争被恰当地定义为：“一个国家通过武力行使它的权利的状态。”

公开战争的交战各方是独立国家。但是，要构成战争，并非交战双方都必须被承认为独立国家或主权国家。战争也可发生在交战一方对另一方主张主权

权力的情况下。

反政府的叛乱，可能会也可能不会达到有组织叛乱的地步，但内战总是始于反对政府合法权威的叛乱。内战从来都不是庄严宣告的，它之所以是内战是由它的各种因素决定的——发起和进行者的人数、力量和组织。当反叛一方，以敌对方式占据领土的某一部分，宣布独立，抛弃他们的效忠义务，组织了军队，已经开始敌对于他们先前的主权者，世界就承认他们为交战团体（belligerents），承认这场斗争为战争。为了成为一个主权国家，他们宣称以武力来确立他们的自由和独立，而同时主权者把他们当作有效忠义务的叛乱分子，必须以死来惩罚他们的背叛。……

尽管内战也即反对叛乱者的战争从未被公开宣布发生了，它在我们国内历史中的存在是一个事实，本院必须注意到且知道这一事实。……

根据宪法，只有国会有宣布全国战争或者对外战争的权力。根据宪法的任何条款，它都不能对一州或者任何数目的州宣战。宪法赋予总统全部的行政权，他必须负责法律被忠实地施行。他是合众国海军和陆军的总司令，当各州的民兵应召为合众国服役时，也是各州民兵的总司令。他没有权力对任何外国或者内部一州发动或者宣布战争。但根据国会的法案……当为了镇压反对一州政府或合众国政府的反叛，当面临外国的侵略时，他有权调动民兵，动用合众国的陆军和海军力量。

当战争是由外国的侵略挑起的，总统不仅有权而且必须以武力抵御武力。他不能发动战争，但必须迎接这种挑衅，而不必等待任何专门的立法权威。而不论敌对方是一个外来侵略者，还是某些州有组织的叛乱，它都不亚于一场战争，尽管宣战是“单方面的”。……

这场最大的内战并不是由大众骚乱、骚乱的集会或者无组织的地方叛乱逐渐发展来的。而不论这场内战的前期策划的时间有多长，它不过是突发自它的始作俑者：满副战斗铠甲的密涅瓦神（Minerva）。[①] 总统必须根据这场战争的态势来应付它，而不必等待国会为之浸礼命名，并且，总统和国会给它的任何名称，都不能改变这个事实本身。

在这场战争中交战双方的军队相互敌对，并不因为交战一方把它叫作“叛乱”，把叛乱者当作反叛者或者叛国者，它就不是一场内战。根据国际法，并不是必须承认叛乱省份或者州的独立，才能使它成为战争的交战一方。通过宣布中立，外国把这场叛乱作为一场战争，除非存在交战双方，中立状态，是不能存在的。……

作为总司令，总统在履行其职责镇压叛乱的过程中，当遭遇到这样的武装敌对抵抗和一场达到如此规模的内战，他能否承认叛乱者交战团体性质，这是一个应由他自己决定的问题，而本院必须受被委托了这种权力的政府行政部门的决定和行动的约束。“他必须决定这个危机要求的武力程度”宣布封锁本身，对本院来说，就是战争状态存在的正式而确凿的证据，这个证据要求了并认可了在本案的独特环境之下诉诸这样的措施。……

如果立法批准对战争的技术性存在是必要的话，我们几乎可以在 1861 年

① 罗马神话中的女神，司智慧、艺术、发明和武艺，相当于希腊神话中的雅典娜（Athena）。——译者注。

国会的特别会议中通过的每一个法案中找到这种立法批准，这次会议完全是为了通过使政府能够高效地进行战争的法律。最后我们发现，在1861年，在预料到这种狡诈的反对发生的时候，国会通过了一个法案，该法案“批准并使总统的所有此类行动、公告和命令等等合法并有效，就好像这些都是在合众国国会事先明确授权和命令下而发出或作出的一样。”……

因此，对第一个问题，本院的意见是，总统有战争法上的权利，对处在反叛各州控制之下的港口进行封锁，中立诸国必须尊重这一封锁。……

（邓海平译　史大晓校）

2. 米勒根案（*Ex Parte Milligan*, 4 Wallace 2 [1866]）

1862年，林肯发布了一个公告，规定在某些案件中暂停颁发人身保护令状（writ of harbeas corpus）。他宣布自此以后任何平民，妨碍征兵或者从事任何不忠活动，都可以由军事法庭审判和处以刑罚。1863年3月国会对令状暂停颁发予以确认。米勒根是内战期间南部邦联（Confederate）在印第安纳州的一个准军事组织的官员。他和其他一些人，因为被指控煽动叛乱和为敌人提供帮助与支持（还有其他罪名）而被逮捕。他被一个军事法庭审判并被判处绞刑。在定罪之后，一个联邦大陪审团拒绝指控他有罪。林肯将行刑拖延了四个月，但他的继任者在就职两周后批准了这些死刑判决。米勒根就向联邦法院申请了人身保护令状，控称他遭到军事法庭违宪审判。联邦最高法院一致同意总统批准成立的军事法庭是非法的。法院强调在普通法院依然在有效运作的州，不能适用戒严法。尽管审判并未涉及国会权力的问题，但九名大法官中有五名认为国会同样也不能批准这样的军事法庭。首席大法官蔡斯和其他一些大法官一道对这一点提出了异议。

大法官戴维斯（Davis）宣布法院判决如下：

在刚刚过去的恶意反叛中，人们当时的心态不允许对一个纯粹的司法问题进行必要的深思熟虑与冷静讨论，以作出正确的决定。当时，安全考虑与权力的行使交织在一起，盛行的是情感与利益，所幸的是，这一切已经结束。现在，公共安全既得保障，讨论和决定这个问题及其他问题就可以不带任何激情或者夹杂任何作出一个法律决定所不需的因素。我们着手对本案进行审查，对此次审查的重要性与完全而审慎的思考的必要性分外清楚。……

本案的关键性问题是：根据米勒根在诉状中陈述的事实与提交的证物，该军事法庭是否具有合法管辖权，在这个案件中对他进行审判和定罪量刑审判？米勒根，不是反叛诸州中任何一州的居民，也并非一名战犯，在过去的二十年

中一直是印第安纳州公民，并且从未在陆军或海军中服役，他在家被合众国军队逮捕并关押。此后，根据印第安纳军区军队总司令指示而建立的军事法庭，针对某几项对他不利的指控，米勒根被审判、定罪，并被科以绞刑。这个军事法庭是否有合法权力与权威来审理米勒根此人并对之处以刑罚？

本院从未审查过比之更为严重的问题，也从未审查过比之更关乎整个人民权利的问题，因为这是每个美国公民与生俱来的权利：当被指控犯罪，须根据法律审判并处以刑罚。刑罚权，只能通过法律为此目的而规定的手段来实现。并且，当这些手段都不足奏效，一个人就得免除刑罚，而不论此人可能是一个多么严重的罪犯，也不论他所犯罪行可能是如何地震撼了这个国家的正义感或者如何危及它的安全。通过法律的保护，人权才得到保障；若撤销此种保护，人权就只能由残暴的统治者或者一个狂热民族的喧嚣任意支配。若有法律支持这个军事审判，那么我们就无权干涉；倘若没有，宣布这个诉讼过程的无效就是我们的职责。决定这个问题并不依赖于任何论辩或司法先例，尽管它们为数众多且说服力极度充分。这些先例告诉我们保护自由和将私人生活解救出军事审判的斗争的程度。我们的政府创建者们熟悉那场斗争的历史，并通过成文宪法保障人民在数代斗争中夺自强权的每项权利。这个问题必须依照宪法及宪法认可的法律来决定。该宪法中对实施刑事司法的规定是如此清晰而直接，不容任何曲解或怀疑它们的真实意思的余地。适用于本案的那些规定可在宪法原文的一个条款中找到，这个条款规定："一切犯罪案，除弹劾案外，应由陪审团审判"。还可在修正案第四、第五及第六条中找到。……

合众国宪法是统治者与人民的法律，在战争时期与和平时期都是如此。并且，在任何时期任何情况下，它都适用于所有阶层的人，并对所有这些人提供保护。人类智慧从未发明任何原则，会比在任何重大政府危机（exigency of government）中暂停宪法的规定导致更多的恶果。这样的一个原则将直接导致无政府状态或者暴政，而认为这样一个原则有其必要性是错误的。因为政府在宪法之内拥有所有授予它的权力，这些权力足以维持它的存在，就像试图摆脱政府的正当权威的巨大努力[①]的后果所证实的一样。

在米勒根案中，是否侵犯了宪法所保障的任何权利？若确实侵犯了，又是侵犯了哪些权利？

每一审判都涉及司法权的行使，而审判米勒根的军事法庭的权威源于何处？可以肯定，司法权的任何部分都没有被赋予军事法庭，因为宪法将司法权明确授予"最高法院及国会随时决定并建立的下级法院"。并且从未有人主张军事法庭是国会决定并建立的法院。军事法庭不能因总统的命令而获得正当性，因为总统受法律控制，并有他的职责范围：执行而不是制定法律。并且，"不能诉诸任何不成文刑法典，作为司法管辖权的渊源"。

但有人主张，根据"战争法与惯例"，军事法庭的管辖权是完整的。

审查那些法律与惯例到底为何，源自何处，在何处被发现，又对何人适用，是没有任何用途的。它们不能适用于政府权威得到拥护，法院亦在运作且法院程序未被阻断的各州公民。本院一直就有这样一个司法知识：在印第安纳州，联邦的权威从未遭到反对，该州的法院也一直在运作，听审犯罪指控并纠

① 指美国内战——译者注。

正冤情。在那里，没有任何战争惯例能够支持对与军事服役决对无关的民事生活中的公民的任何犯罪进行军事审判。国会不能授予此种权力，而我们尊贵的国家立法机关，从未因国家状况的驱使而试图行使此种权力。因此，宪法中最清楚不过的一条规定就被违反了——当米勒根被一个并非国会决定并建立的法院审判、且这个法院也不由按正常规定任命的法官组成。……

当拒绝给予米勒根陪审团审判之时，另一个自由保障也遭到破坏。……

有人主张戒严法的规定包括了这个军事法庭的程序。这个主张认为：在战争时期，武装力量的指挥官（如果他认为国家的紧急状态需要，这种紧急状态由他判断）在他军区范围内，拥有暂停所有公民权利及相应救济、并以他的意志来统治普通公民与军人的权力，并且他的合法权威的行使不能受到限制，除非限制来自他的上级军官或者合众国总统。

如果这一主张在其所宣称的程度内是合理的，那么，一旦存在战争，不论是对外战争还是国内战争，国家因纯粹便利而被分成军区，其中任何一个军区的指挥官就可以军事需要之借口，在总统的批准下，以军事力量替代并排除法律并惩罚所有的人——只要他认为正确并且正当，而不需任何确定的规则。

这一主张的陈述显示了它的重要性，因为，如果它是正确的话，共和政府就是一种失败，而法律规定的自由也将终结。戒严法，建立在这样的一个基础上，就会摧毁宪法提供的任何保障，实际上也将致使“军队独立于并优越于政权”——大不列颠的国王这样做的企图被我们的国父们认为是这样一种犯罪，以致他们向世人宣布，这种犯罪是迫使他们宣布独立的原因之一。公民自由与这种戒严法不能共存，它们之间的对抗是不可调和的，并且，在它们的冲突中，必然是不是你死，就是我亡。

正如经验所表明的，这个国家不可能永保和平，也无法指望它将永远拥有明智而仁慈的统治者，这些统治者将忠实地遵循宪法的原则。险恶之人，渴望强权，憎恶自由且藐视法律，也可能占据曾由华盛顿和林肯拥有的职位。而若这种权力得以承认，战争的灾难将再一次降临到我们头上，人类自由的危境可怕得无法想象……正是因为这一点以及其他同等重要的理由，国父们（the Founding Fathers）通过在一个成文宪法中制定保护条款，以保障他们通过斗争保存下来的遗产，时间证明这些保护条款对保存这一遗产是至关重要的。不论是总统、国会还是司法机关，都不可妨碍这些保护条款中的任何一条，除了有关人身保护令状的那条以外……

这对每个政府的安全都是至关重要的：在重大危机中，就像我们刚刚亲历的这场危机一样，在某处必须存在一个暂停人身保护令状的权力。在每一场战争中都存在先前具有优良品质的人，险恶到怂恿其他公民抵制一个良好政府为维持它的正当权威、打倒它的敌人而制定的必要措施的地步。这些人的影响可能导致危险的联合。在当时的紧急状况下，立即根据法律进行公开的调查可能是不现实的，而对国家造成的危害是如此迫在眉睫，又不能容忍这样的人逍遥法外，毫无疑问，这时就存在一个紧急情况。只要政府在正当作出逮捕决定时认为合适，就不能要求政府根据人身保护令状将被逮捕的人提交法院。宪法没有再向前进，宪法没有说在拒绝给予一个公民人身保护令状之后，可以依照普通法程序之外的程序审判这个公民，如果宪法确实意欲达到这样的结果，使用直接的文字来实现这一点是轻而易举的。制定宪法的那些杰出人士是在保护公

民自由的基石免于无限滥用权力的侵犯。他们非常明智，并且历史教训告诉他们，无偏的陪审团辅助下的正式成立的法院的审判，是保护公民免于压迫与冤情的惟一可靠方式。他们知道这一点，于是他们限定只能暂停一种重要权利，而其他权利则永不可侵犯。但有人坚称战争时期的国家安全要求必须维持这种对戒严法的宽泛主张。如果这种主张是对的，那么，同样可以有理由地声称：牺牲了自由的所有根本原则而得以苟且偷生的一个国家，根本就不值得去维护。让人高兴的是，我们这个国家并非如此。

我们内心必须清楚，这不是在发生了战争并且法院与民事当局已被推翻的社区中宣布戒严法的权力的问题。这也不是领导军队的军事指挥官可以对叛乱诸州施加什么样的统治（rule）以破坏（cripple）它们的资源并镇压它们的叛乱的问题。那些人主张的管辖权要比这广泛得多。在刚刚过去的反叛中，服役的必要性要求忠诚诸州被置于某些军区范围之中并置于这些军区中的受命指挥官之手。并且，有人强调，这在军事意义上就使这些州成为军事行动区。而在本案中，印第安纳州一再受到敌人入侵的威胁，这一情况足以实施戒严法。这个结论并不是那些前提的必然结果。如果确曾在印第安纳州招募军队，这些军队也被部署于其他地方——在这些地方法律被破坏，国家权威遭到反抗。在印第安纳州的土地上没有敌对军队，如果她确曾被入侵过，那个入侵也结束了，所有戒严法的借口也随之不复存在，戒严法不能得自一个入侵威胁。必要性必须是真实而现实的，只有在入侵实际导致了法院的关闭和文官政府的废黜的时候，入侵才是现实存在的。

很难理解国家的安全是如何地要求在印第安纳州实施戒严法的。如果她的任何公民在阴谋通敌，行使逮捕权就可以拘留他们，直至政府准备好将他们付诸审判——在法院开庭并已准备好审判他们的时候。在一个普通法院保护证人与在一个军事法院保护证人同样的简单；而既然除非经充分的法律证据证明不能定罪，一个由国会决定成立的法院比一个非由受训从事法律职业的绅士们组成的军事法院更能裁决这个问题。……

*　　　　*　　　　*

首席大法官蔡斯（Chase）发表如下意见：

本院中四位法官，同意本院在本案中作出的前述判决，但在有些重要细节上不能同意刚刚宣布的判决意见，认为作一个独立的陈述以表明他们对整个案件的观点是他们的职责。

我们不怀疑印第安纳地区巡回法院对米勒根为获得人身保护令状而提出的诉讼有管辖权。……

但刚刚宣布的判决意见走得更远，并且，按照我们的理解，该意见不仅宣称印第安纳州的军事法院未得国会批准，并且它还宣称国会亦无权批准这样的军事法院。我们可以认为这一点也意味着，国会亦无权使组成军事法院的军官免于因作为军事法院成员而在普通法院中承担责任。

我们对此不能同意……

国会不仅有权招募、支持和控制军队，而且有权宣布战争，因此，国会有

权以法律规定如何进行战争。这个权力必定延伸至那些对有效且成功地进行战争来说至关重要的所有立法，对军队与战役指挥的干预等则除外。指挥军队与战役的权力与职责属于作为总司令的总统。这两个权力都来源于宪法，但宪法并未对它们作出定义。它们的范围必须由它们的性质及我们的制度的原则来决定……

我们不能怀疑，在这样一个公共危险时期，国会有权根据宪法规定军事法院的组织及规定军事法院对从事这一阴谋[①]的人员进行审判。联邦法院在运作的事实被国会当作一个不行使这种权力的充分理由，但这个事实并不能剥夺国会行使这种权力的权利。法院可能在运作且在实施它们的功能过程中未受侵扰，但很可能完全不能避免可能来临的危险，或者不能以适度的迅捷与坚定来惩罚有罪的阴谋叛乱者。……

我们已把我们自己限定在权力问题上。权宜的问题（the question of expediency）则应由国会来决定。……

（邓海平译　史大晓校）

（二）战后重建

3. 卡明斯诉密苏里州（*Cummings v. Missouri*, 4 Wallance 277［1867］）

战后，最高法院即果断地宣告对联邦和州的忠诚宣誓无效。在与本案相关的一个案例 *Ex parte Garland*, 4 Wallace 333 案中，最高法院判决要求联邦检察官在就职时必须进行忠诚宣誓的规定无效。密苏里州的宣誓法规定居住于本州的一切人在选择从事大多数的职业时，必须宣誓拥护合众国的宪法和法律；并且，这些人还必须表明其以往的忠诚。本案的上诉人卡明斯是一位天主教牧师，被指控未经宣誓而传教，并在原判决中被宣告有罪。最高法院的法官们在本案中的意见以五比四分为两派：由林肯任命的法官中只有菲尔德法官支持了多数意见；首席大法官蔡斯（Chase）和斯威恩（Swayne）、戴维斯（Davis）、米勒（Miller）三位大法官持异议。菲尔德代表的多数意见主要涉及溯及既往的法律的含义和性质。但是从他关于个人自由的评论，可以窥见其后来主张的自由放任主义的某些内容，尤其是他所主张的个人不受政府干涉从事合法职业的权利。

① 指美国内战——译者注。

大法官菲尔德（Field）宣布法院判决如下：

此案基于密苏里州最高法院的纠正错误令状而被提交给我们判决，涉及对该州宪法强制规定的忠诚宣誓的问题。该纠正错误令状的原告是一位天主教牧师，他被该州一巡回法院指控、并随即被宣判犯有未经宣誓即作为一宗教派别的牧师布道和传教的罪行，被判处缴付五百美元罚金。在缴纳该笔罚金之前，他将被关押在监狱中。此案在向该州最高法院的上诉中，判决得到维持。……

我们找不到任何先例来支持要求如此严格的宣誓。首先，它是溯及既往的，溯及迄今为止过去的一切时间，如果再过几年，它也将溯及此间的所有时期。在其溯及既往的特征上，我们认为它是我们这个国家所特有的。英国和法国也有忠诚宣誓，但是，它们总是限于对宣誓当时的信仰或当时对政府态度的声明，而从不强求论及过去的某些不当行为。其次，宣誓的内容不仅是指向对政府的公开的、明显的敌意，而且还意图延伸至语言、欲望以及感情。第三，它不区分出于恶意敌对而为的行为与出于仁慈、喜爱、或某种关系而为的行为。如果一个人曾经对某个参加了叛乱的人表示同情，即使被同情者与之有着最密切的血缘关系，他也只能与叛乱中最积极的最残酷的分子一样，不能参加这一宣誓，并且同样没有资格担任任何荣誉或受信的公职以及某些特定的职位或从事某些工作。

但是，正如代表密苏里州的这位博学的律师所论述的，本院并不能仅凭这些条款的公正性或苛刻程度来判决此案。本院的职责是判断这些条款是否与合众国宪法相冲突。密苏里州一方争辩这些条款规定的仅仅是担任某些公职、从事某些职业的资格，而这是在州的权力范围之内可以决定采取的事项。而另一方则主张，这些条款是与宪法中“禁止任何州通过剥夺公民权利的法案或溯及既往的法律”的条款相冲突的。……

资格与当事人从事特定职业的适合度或能力有关。……很显然，就那些由于一些污点行为而被密苏里州宪法排斥在某些职业之外的当事人而言，从这些职业的性质来看，多数与他们是否适于从事这些职业几乎没有任何关系。卡明斯先生来到或是离开密苏里州以逃避合众国的兵役登记或征召的事实，与他是否适于传授教义或管理教堂圣事之间毫无联系；类似的曾对叛乱分子表示同情的行为也不能构成该人不适于从事律师职业、或成为一名讲授普通教育科目的教授的证据；同样也不能证明该人缺乏作为一名公司经理或公司董事或受信托人所需要的商业知识或商业能力。从许多行为和职业自身简单地看来，很明显，它们之间不存在某种联系使得应当以根本禁止从事这些行为成为允许从事某一类职业的条件。因此，宣誓不可能被拿来作为确定当事人是否胜任自己的职业或是否值得信任的手段。宣誓的目的是针对人而不是职业。它之所以被严格行使，并不是因为人们相信从事过这几种行为就真的意味着行为人不适于从事某些职业，而是因为大家认为这几种行为应当受到惩罚；而对于其中的很多行为，除了剥夺从事了这些行为的当事人一些公民权利和特权外，没有什么其他方式予以惩罚。

密苏里州宪法对当事人资格的剥夺恐怕就是这样一种惩罚——它们也确实构成了惩罚……

我们的政治制度所赖以存在的理论基础是一切人拥有某些不可剥夺的权利

——其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利；在对幸福的追求中，所有的职业、荣誉、职位对每个人都是同等开放的；在对这些权利的保护上一切人在法律面前都是平等的。任何由于过去的行为而对这些权利的剥夺或中止都是一种惩罚，除此之外别无解释。……

“任何州均不得通过剥夺公民权利的法案，不得通过溯及既往的法律以及损害合同义务的法律。”

所谓“剥夺公民权利的法案”，是指未经司法审判而施加惩罚的立法。

如果所施加的惩罚轻于死刑，该法案就被称作带来痛苦和刑罚的法案。在宪法的语境下，剥夺公民权利的法案就包括这类法案。立法机关如制定了这样的法案，那么它就是在行使其立法职能之外还行使了法官的权力和职责——用教科书里的话说，它就是僭越了司法权。它在未经任何审判形式或监督的情况下，也不管是否符合证据规则所要求的证据的充分性，就宣告当事人有罪；并且它还根据自己对罪行重大与否的判定确定惩罚的轻重程度。……

如果本案中的密苏里州宪法第二条有条款明确宣称卡明斯先生对美利坚合众国怀有敌意，或来到密苏里州以逃避美利坚合众国的兵役登记或征召的行为有罪，或宣称这些行为应当被治罪，并因此应被剥夺作为天主教牧师传教的权利或在任何教育机构教学的权利，那么毫无疑问，这些条款就构成了联邦宪法语境下的“剥夺公民权利的法案”。如果这些条款，没有提及其姓名，而是宣称在密苏里州内所有牧师和教士从事这些行为都是有罪的或应被认为有罪，并且其权利因此应受类似的剥夺，则这些条款同样会遭到反对。再进一步而言，如果这些条款宣称所有这样的牧师和教士只要他们没有在一个指定日期前从事某些特定的行为，就都应被认为有罪，应被剥夺传教的权利，那么这样的条款也会同样落在联邦宪法所禁止的范围之内。

在所有这些案件中，都存在剥夺公民权利的立法行为，这些立法行为越过了在法庭司法过程中为保障公民安全而设的各种正常的程序和保障。

我们所分析的上述性质的条款可能带来的后果，在实际通过的条款中已经产生了。我们上面所假设的案例与如今实际受理的案件之间实质完全相同，只有形式的差别而已。现实中的条款假定教士和牧师有罪，除非他们先通过宣誓将这一假定排除，否则就会被剥夺传教和布道的权利——换句话说，这些条款搞的是“有罪推定”，并酌情给予惩罚；而我们假想的条款与之区别之处仅仅在于它直接宣布他们有罪而不是推定他们有罪。……

溯及既往的法律意味着对于发生行为当时不应受惩罚的行为施加惩罚；或者对其施加较当时的法律所规定的惩罚为重的惩罚；或者改变了证据规则，据此用比当时法律所要求的更少的证据、或与之不同的证言就足以定罪。……

作为考察对象的密苏里州宪法中的这几个条款，在字面上并没有界定任何罪行，或宣称应当施以任何惩罚，但是它们对其所指向的当事人而言，却实际上等于界定了罪行、施加了惩罚。这些条款假定，在密苏里州，某些人因从事了特定的行为而有罪。否则这些条款在宪法上就不具有任何意义。它们所指向的是过去的行为，而不是将来的行为。这些条款主要是针对那些以某种形式，通过行动或语言直接地或间接地帮助或支持过叛乱、或对参与反叛的人表示过同情，或者曾经尽力逃避公民在战时所固有的责任的那些人的；而且，这些条款意图通过剥夺这些人执掌某些公职的权利，以及从事他们日常普通职业的权利而发生作用，

这种剥夺是惩罚；且它并不因为其可以通过宣誓而寻求逃避惩罚就认为其不构成惩罚。密苏里州宪法的制定者当时就知道并非所有人都能够进行所规定的宣誓。对这些人而言，不存在所谓的逃避；对他们而言，这种剥夺是意料之中的，是绝对的和永恒的。使对一项权利的享有依赖于不可能的条件，这与不论在任何条件下都绝对否定这项权利并无区别；这种因过去的行为而强加的否定无异于对该行为所施的惩罚。不管怎么说，这是对条款的滥用。……

密苏里州最高法院的判决应当被撤销。本院指示案件发回重审，要求作出新的判决以撤销巡回法院原来的判决；且法院应解除对被告的监禁，允许其随时离开。

（赵君译　包既鸥校）

（三）州和民权

4. 胡塔多诉加利福尼亚州案（*Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 [1884]）

在 *Slaughter-House* 案中，法院的意见集中在第十四修正案的特权和豁免权条款上。随后，当事人寻求利用修正案的正当程序条款，像保护实体性权利一样保护程序性权利。从 *Hurtado* 案看出法院仍然不愿赋予此修正案宽泛的范围。根据加利福尼亚州宪法，在治安法官审问后，胡塔多因为谋杀被提交审判。胡塔多辩称，由于大陪审团起诉书的欠缺，他被剥夺了正当法律程序权利。只有哈兰（Harlan）大法官一人支持胡塔多的诉求。正如在其他类似的涉及第十四修正案的案件中一样，哈兰大法官在此认为，设置此修正案正是为了“在有关涉及生命、自由、财产的诉讼过程中对州施加同样的限制，而这些限制已经被加诸联邦。”

大法官马修斯（Matthews）宣布法院判决如下：

据代表刑事被告人的一方称，此项有罪判决和量刑是无效的，其依据是它们违背美利坚合众国宪法第十四条修正案的（正当程序）条款……

确实，美利坚合众国宪法是由继承英国法律和历史传统的英国后裔们制定的。然而，它是为不确定的、无限延伸的未来，为一个来自各国、有着多种语言的、已经聚集或将要聚集在一起的民族而制定的。当我们对普通法的原则和制度表现出应有的自豪时，我们不要忘记，在其他法律制度占主导地位的土地上，民事审判的观念和程序也并不是未知的。尽管欧洲大陆政府存在专制主义政治，然而，正当法律程序并不异于源自作为欧洲现代文明基石的罗马帝国的法典，此法

典已赋予我们分配正义的根本准则——物归原主（*suum cuique tribuere*）。《大宪章》恰如其分地被解释为广泛蕴含公众权利和法律的特许状，并没有什么具体的东西，它没有蕴含在所有制度下、在每个时代中最好的观念。并且，因为它是从每座正义之泉中获取灵感的普通法的最具特征的原则，因而我们并不假定其供给资源已经枯竭。相反，我们预期，我们自己的情况和制度所带来的新的、不同的经验，将塑造和形成新的而且有用的形式。

从国王那里费尽艰辛所获得的《大宪章》的特许权，是作为反对压迫和君权篡越的保障。为其自身提供安全保障，或通过限制议会权力支持下议院，并没有浮现在上议院议员的脑海中。结果，剥夺公民权利的法案、溯及既往的法律、宣布没收财产的法律和其他专横的立法经常出现在英国历史上，这从来没有被认为是和该国度的法律相违背的。因为尽管存在可归功于科克（Coke）勋爵的庞哈姆案（*Bonham*，8 Rep. 115，118a），议会的超越于普通法的权能是绝对的，即使其违背普通法权利和理性。反对立法机构的专制，从而对英国式的自由予以真实的、实际的保障，这是由下议院所代表的自由公众意见的权力。

在我们这个国家，人们普遍认为成文宪法对保障人民的权利和自由免受政府公权的侵犯是必要的，《大宪章》的条款被整合进权利法案。它们是施加于所有政府权力——包括立法权、行政权和司法权——的制约。

因而，必定会发生的是，由于这些广泛的、一般的自由和公正准则在我们制度中所处的地位和发挥的功能，并不同于在英国宪政历史和法律上的地位和功能，所以它们获得了一种相应的并且更加全面的解释，并证明这样解释具有正当性。在英国仅作为反对行政篡权和专制的准则，在我们这里，则同时成了反对专横立法的堡垒。然而，在此种适用中，由于不适宜根据古典英国的习惯法来衡量和限制这些准则，因而，必须用其来保证的不是程序的特定形式，而是个体的生命、自由、财产权利的实质……

我们将用宪法自身的措词来解释第十四修正案中的这个词。同样的词出现在第五修正案中，与根据美国法律构成重罪的指控相联系，该条对大陪审团制度的永久性作了具体的、明确的规定。它宣称："除非依据大陪审团的公诉或指控，任何人不得受到重罪或其他剥夺公民权利的罪行的审判，但战争时期或国家危急时期在陆军或海军部队或在服现役的民兵中发生的案件除外，任何人不得因为同一犯罪而在生命和身体上受到两次伤害，任何人不得被迫在刑事案件中自证其罪。（之后，它马上加上）：未经正当法律程序，任何人不得被剥夺生命、自由或财产。"

根据公认的、特别适用于正式、严肃的宪法性法律制度的解释标准，如果没有相反的清楚理由，我们不允许假定这个极为重要的修正案的某一部分是多余的。明显和当然的推理是，在宪法意义上，顾名思义，"正当法律程序"并不意味着或试图在任何案件中涵括大陪审团的机构或程序。由此，结论必然是，当同样的措辞被用于第十四修正案以限制州的行为时，它在同样的意义上使用，并没有更大的范围；假如在接纳此修正案时，使陪审团机构在各州永久化是其目的之一，它将已经得以体现，正如第五修正案那样，会明确宣告这样的内容……

然而，我们并不能假定，这些立法权是绝对的、专制的，并且由于规定正当法律程序的该修正案太过模糊和不确定，以致无法作为一种可操作的限制措施

而运作。不是每一项法令只要形式上属于立法就是法律。法律不仅仅是通过运用权力的行为而展现出来的意志。它不应是针对特定个人或特定案件的特殊规则，而是，用韦伯斯特（Webster）的话来说，在其所为众人熟知的定义里，即“一般的法律，是在宣告有罪之前进行听证、根据调查而进行诉讼，并且仅在审判后才给出判决的法律”。因而，“每个公民均享有其生命、自由、财产和豁免权，置于统治社会的一般原则的保护之下”。从而，排除像非正当程序的法律、剥夺公民权的法令、酷刑的法案、没收法令、推翻判决的法令和直接将一人之财产转予另一人的法令、立法性裁决，以及其他相似的在立法的幌子下所进行的特殊地、偏袒地和恣意地行使权力的行为。对于伤害管辖对象的人身和财产而实施命令的恣意权力不是法律，不管其表现为是君主个人还是非个体的多数所下的命令。尽管我们的政治制度具有代议制性质，然而，由我们的宪法性法律强加于州和联邦政府的限制，对于维持公共权利和私人权利是必要的。通过司法程序予以实施的这些限制，是自我管理型共同体的工具，以保护个体和少数者的权利。同时，即使其名义上是在支配政府的力量，这一限制也反对多数人的权力，正如反对公共机构超越其法定权限所实施的暴行一样。……

这就意味着，由公共权力所实施的法律性程序，不管它是因年代久远和习惯所认可，还是为促进普遍的公共福利而在立法权力的裁量权方面作出新的设置（此裁量权要尊重和维持这些自由和公正的原则），它都必须遵循正当法律程序。……

用这些原则来检视，在治安法官审问和羁押后，确信被告犯有可能的罪行，在保障其律师帮助权和与公诉方证人的交叉询问权的情况下，我们不能说，在诉讼过程中以检察官的起诉书代替大陪审团的控诉状就不符合正当法律程序。正如我们所看到的，普通法古老的诉讼程序可以包括级别低于重罪的每种犯罪，除了隐匿叛国犯的罪行，正如加利福尼亚州的制定法所授权的，在行政管理的每一种场合下，其都谨慎考虑和关注刑事被告人的实体性利益。这仅仅是一个准备性程序，并不能得出最终的判决，它只是作为一次常规的司法审判的结果而出现，确切地说只在可诉罪案件中才存在。……

（劳东燕译　王元校）

（四）宪法与自由权

5. 合众国诉里斯案（*United States v. Reese*, 92 U.S. 214 [1876]）

尽管 *Slaughter-House* 案的判决表明，制定战后修正案（南北战争之后的第十三、十四、十五修正案——译者注）是为了保护以前的奴隶不受其先前主人的侵犯并保障其自由，但最高法院不久就追随反对种族平等的一般公众和政治反应。在 *Reese* 案

> **中，法院严格限制了第十五修正案的范围，并限制国会实施该修正案的权力。根据1870年实施法案的授权，联邦政府指控肯塔基州的两名选举检查员，因为他们拒绝接受和计算黑人公民的选票。于是，最高法院被要求决定根据第十五修正案第2款，1870年的法律是否是“适当的立法”。**

首席大法官怀特（Waite）宣布法院判决如下：

国会可以保护产生于或依赖于美国宪法的权利和豁免权。保护的形式和方法就像国会在合法行使其立法裁量权中所提供的那样，为了满足有待保护的特定权利的需要，其形式和方法可以有所不同。

第十五修正案没有授予任何人以选举权。但它禁止州或合众国基于种族、肤色或以前的奴役状况等原因，而在这一事项上赋予某一合众国公民以相对于另一公民的优先权。在该修正案被通过之前，这种情况是允许的。基于种族等原因排除合众国公民的选举权，这曾经是州权力范围内的事，就像曾经基于年龄、财产、教育程度而排除公民的选举权一样。但是现在不行了。如果法律允许某一种族中有特定资格的公民享有投票权，那么另一种族中具有同样资格的公民也必须享有选举权。在这一修正案之前，对这种歧视的反对并没有宪法上的保障，现在则有了。它意味着该修正案已经赋予合众国公民一项新的宪法权利，而该项权利属于国会的保护权范围之内。这项权利就是，在行使选举权时，不得有基于种族、肤色和先前受奴役状况的歧视。根据该修正案第二款的明确规定，国会可以“适当的立法”实施该修正案。

这就导致我们去问，现在审查的这项法律是否属于出于该宗旨的“适当的立法”。……该立法意欲在选举法中实现某个最重要的变化。在该修正案被通过以前，按一般的规则，州以自己的方式来规定选举的所有细节。他们规定选民资格，规定投票人把他们的资格告知负责官员的方式。这一立法干预了这种做法，制定了并非由州法规定的新规则。在特定环境下，用错误禁止的行为来取代行为自身。如果选举人以规定的仪式和效力来提出誓词，那么检查员将把这视为等同于州法律的特定要求。这在实际做法中是个巨大的转变，创造它的这项法律其措辞应该是清晰的。如果能够的话，还不应留有任何解释的余地：这项法律不应该陷入这样的情况，即选举人按照他对法律含义的这一种理解行事，而检查员则是基于另一种理解。……

如果立法机关准备通过立法界定一个新的罪行，并规定惩罚措施，它应该用不会误导公众的语言来表达其意示。每一个人在他犯罪时都应该能够确切知道他正在犯什么罪。

但是……我们发现，……并没有限定性的词语甚或注释，能解释为表明其意图是把有关规定仅限于第十五修正案措辞之内。这一款规定旨在惩罚以暴力、贿赂等手段妨碍、拖延任何公民获得选民资格或进行投票的人们。考虑到所有这些事实，我们不得不说，在我们看来，其第三、第四款的语言并未把其实施限定在基于种族等原因的非法歧视的范围之内。对于那些非法干预、阻止行使与这种歧视无关的选举权的人们，如果国会有权规定普遍性的惩罚措施，那么对于该目的而言这些条款的语言是过于宽泛了。

现在要考虑的是，像此类条款一样的普遍性立法，是否能用来惩罚那些基于种族等原因，对行使选举权的合众国公民进行歧视的人们呢?

现在审查的这些条款并没有意图要特别规定这种犯罪。如果这种情况被规定了，那是因为在这一事项上，它属于针对不正当行为和非法阻碍行为的一般禁止行为之列。……

若立法机关撒下的法网之大足以捕捉任何可能的犯罪者，并留给法院去说谁被羁押是正当的，谁应该被释放，这肯定是危险的。在某种程度上，这会导致司法部门取代政府的立法部门。如果确定在宪法的授权范围内，法院应实现立法机关的意志。在合法的范围内，国会是至高无上的，是不受法院控制的。但是如果它超出了宪法权限，试图越权行事，法院就有权依法律诉讼所需之正当程序，撤销那些侵犯由州和人民所保留的权力的行为。……

为了使该法律符合现在所要求的方式，就要制定新法而非实施旧法。这不是我们的责任。……

所以，我们必须判定，国会没有通过“适当的立法”对起诉中所指控的犯罪规定惩罚。……

（滕彪译　劳东燕校）

6. 民权诉案（*Civil Right Cases*，109 U.S. 3 [1883]）

这项判决实际上妨碍了未来80年内的联邦民权立法，并使歧视在广泛的领域里得以合法化。问题的焦点是1875年民权法案，这项法案禁止在交通工具、旅店、剧院实行种族隔离，并要求在选择陪审团的问题上实行种族平等。除后者之外，这项立法首先直接针对非官方的个人，以及他们的行为。国会一直根据平等保护的法律条款和第十四条修正案的执行条款采取行动。悬而未决的是，当一个州对其公民的种族歧视行为予以容忍或漠视，国会能否以该州拒绝平等保护为由，明确立法制止歧视的行为，从而执行上述修正案。哈兰（Harlan）大法官再一次提出惟一的反对意见，质疑他所谓的法院“机巧狡黠的字面批评”，认为其有悖于第十四条修正案的实质与精神。

大法官布拉德雷利（Bradley）宣布法院的判决如下：

本案所依据的第十四条修正案的第一款，除宣布作为美利坚合众国及一些州的公民的条件外，还具有禁止性的特征，并且是对州的禁止。其内容如下：

“任何一州，都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律，不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产，对于在其管辖范围内的任何人，不得拒绝给予法律的平等保护。”

这里所禁止的是有特定性质的州行为。侵犯个人权利的个人行为并不是该

条修正案规范的对象。它涉及的是一个更深层、更广泛的领域。它使有损于美国公民的特权和豁免的，或是未经正当法律程序剥夺公民生命自由财产的，或拒绝给予其法律的平等保护的所有州立法和各种州行为归于无效。不仅如此，为了使此处所宣布的国家意志不仅仅是虚张声势，修正案的最后一款授权国会通过适当立法使其得以实现。实现什么？实现禁止、即通过适当立法以纠正那些被禁止的州的法律和州的行为，从而使其在法律上归于无效和无害，这就是赋予国会的立法权，而且是这一权力的全部。这条修正案并未授权国会针对州的立法领域里的事项进行立法，而是提供了针对如前所述之州立法和州行为的救济方式。它未授权国会创设规范私权的市政法典（code of municipal law），而是当修正案所列举的基本权利受到州立法运作和州行政人员或司法人员的行为破坏时，它能提供矫正的方法。实在的权利与特权无疑是受到第十四条修正案所保护的，但这种保护是通过禁止那些影响上述权利与特权的州的法律和行动、并授权国会立法使这些禁止性规定生效的方式实现：这些立法必须仅仅以前面假定的州法律和州的行动的存在为前提，并必然针对其产生效果。

因此，在目前的情况下，只有在某一州通过某部法律或是通过其官员或其代理人实施了某种行为，从而不利于第十四条修正案所保护的公民权时，根据前述修正案的美利坚合众国的立法或根据该立法的执行行为才可以实际运作，因为修正案的禁止条款仅针对州的法律和依据州的授权所为的行为。当然，法律可以而且应当提前制定以应付紧急情况的发生，但它必须对应那些修正案所试图予以消除的危害和过错，即不利于修正案所保护的公民权利的州的法律或某些行为。这样的立法不能将属于生命、自由和财产权的整个权利领域都加以涵盖、界定和确认，否则便无异于制定一部规范社会上人与人之间的所有私权的市政法典，导致国会取代州立法机关的应有位置……

如果国会立法对于执行修正案的禁止性规定是恰当的，那么仍难以确定它的界限。为什么根据同样权威的国会不可以出台一部有关确认和实现所有生命、自由和财产权利的法典呢？如果州有可能未经正当法律程序剥夺人的生命、自由和财产权（修正案本身即作此假定），为什么国会不能够针对任何可能的情况同时规定正当的法律程序对所有这些基本权利加以保护，就如同立法保护公民在旅店，公共交通工具和剧院的平等的权利一样？事实上，以这种方式行使立法权是以如下假定为基础的，即如果州被禁止就特定事项以特定方式立法或行动，且国会又被授权执行该禁止性规定，那么，这即是授权国会可以就该事项制定一般性的法律，而不只是有权提供针对上述州立法和州行为的救济方式。这种假定当然是无根据的。这与宪法第十条修正案的规定相左，该修正案宣布，宪法未授权由美利坚合众国行使、亦未禁止州行使的权力，分别保留给各个州或其人民……

由此可见：例如那些由宪法保障免受州侵犯的民权，不会被个人的错误行为所损害，只要其没有以法律、习惯、司法或行政行为等形式出现的州权力为支持。因为这种没有任何权力支持的个人错误行为只是一种私人的过错或者犯罪。诚然，它是对受害方权利的侵犯，不论是人身权、财产权或者是名誉权。但如果这种行为并未经州以某种方式确认，也不是在州的授权下完成的，那么受害方的权利就仍然完全有效，可能通过诉诸州法律请求救济的方式予以确认。个人不可能剥夺他人投票、拥有或买卖财产、诉讼、作证或担任陪审员的

权利。当然在特殊情况下，通过胁迫或欺骗，他可能会干扰他人权利的行使；他可能对他人进行攻击，或是谋杀，或在选举中运用暴力，或者诋毁他人的清誉。但除非他的这种错误行为受到州法律或州权力的某种保护，否则并不对权利本身构成破坏或摧毁。他将只是由此承担赔偿或受惩罚的后果，并为此受到行为地州法律的制约。所以，宪法寻求通过禁止各州歧视性、不公平的法律以保护民权的所有情况，都不是针对个人的违法行为，而是针对州对权利的否定与拒绝，这才是宪法予以谴责并授权国会提供救济的原因。这种应当而且能够由各个州单独承担责任的对权利的否定与拒绝，是一个应该得到救济的重大的根本错误，所提供的补救必须仅仅针对错误行为本身。因此须假定在上述情形下，罪过或错误的借口和实施力量都仰仗于某一州的法律或权力……

也许在奴隶制盛行的年代，根据“黑奴法典”（俗称），旅店和公共交通工具的业主们被禁止接纳非洲血统的人，因为这可能会帮助奴隶逃脱他们的主人的控制。这只不过是一种防止逃逸的手段，其本身并没有奴役的成分。现在，诸如此类的法律不可能再有这样的目的了，尽管它可能被视为侵犯当事人作为公民的法律权利，从而为第四条修正案所禁止。

我国对非洲人的奴役的长期存在，使我们对它是什么以及它相伴随的事物有清楚的意识。奴隶须为主人之利益服役，不得在主人允许之外行为，不具拥有财产、订立契约、出庭、指证白人的资格。诸如此类的沉重负担和资格缺欠（burdens and incapacities）都是这一制度必然带来的后果。犯同样的罪行，奴隶所受到的惩罚要比自由人严厉得多。如我们所知，在第十四条修正案被通过以前，国会根据第十三条修正案通过1866年权利法案，着手废除上述沉重负担和资格缺欠的规定，它们是奴隶制的伴生物并且构成了奴隶制可见的形式。不管以前是否受到奴役，该法案对所有种族和肤色的所有公民的构成公民自由之实质的那些基本权利均予以保护，也就是说，包括跟白人一样享有签订并履行合同的权利，参加诉讼、成为当事人、提供证据的权利，以及继承、购买、租赁、出售、让与财产的权利。在这里，没有必要查究这项立法是否由第十三条修正案独立授权而不依赖于它后来得到的第十四条修正案的支持。（第十四条修正案通过以后，它重新颁布，增添了条款。）提到它只是为了说明在当时（1866年），根据第十三条修正案的授权，国会并不打算调整人们或种族间在社区内的所谓社会权利，而只是宣告和确认那些构成公民权的实质的基本权利，是否享有这些权利构成了自由制度与奴役制度的本质区别……

当一个人摆脱了奴隶制，并借助于对其有利的法律摆脱了与奴隶制不可分割的束缚后，他地位的提升仍必然要经历一段时期，在这段时间里，他仅仅获得公民的地位，不是法律的优待对象，他的作为公民或人的权利将受到与保护其他人的权利一样的普通方式来保护。奴隶制废除以前，在这个国家里有数以千计的自由有色人，他们和白人公民一样享有生命、自由和财产的基本权利，但在那时，没有一个人会因为他未被允许享有白人公民享有的所有特权，或是因为他在享受旅店、公共交通工具和娱乐场所的服务的时候遭受歧视，便认为那是对其自由人身份的侵犯。仅仅是基于种族或肤色的歧视，并未被视为奴隶制度的象征。如果从那时起，宪法性的立法确认了所有这些方面的平等权利的享有，那么它所借助的并非第十三条修正案的力量（该条款仅仅废除了奴隶制），而是借助于第十三条和第十五条的共同力量。

总体来说我们的意见是，对于我们所讨论的该项法律的通过，无论在宪法第十三条修正案还是在第十四条修正案中都无法找到相关的授权，也没有提出通过该立法的其他权威根据。因此，至少针对它在一些州的具体实施而言，有必要宣布其为无效……

*　　　*　　　*

大法官哈兰（Harlan）发表如下异议：

在我看来，这些案件的意见所依据的理由实在过于狭隘和做作，我不得不得出这样的结论：新近出台的宪法修正案的实质与精神已然成为机巧狡黠的字面批评的牺牲品。"构成法律的不是法条的措辞，而是其中内在的道理；法律的文字只是它的外壳，法律的观念和道理才是它的灵魂。"为了自由，为了保障——必要时可以通过国家立法——在一个自由的状态下固有的属于美国公民的权利而制定通过的宪法条款被如此的解释，以至于使人民渴望实现、试图实现、并以为已经通过改变基本法的形式得以实现的目标落空了。这样说并不意味着我认为这些案件的判决应仅仅考虑单纯的权宜之计或是政策。我只是想通过这种方式表达一下我所深信不疑的一点：法院已经偏离了人所熟知的法律规则，那就是在解释宪法条款的问题上，应充分考虑立法的意图。……

承担重负与资格缺欠构成了奴隶制和奴役的标记，而通过适当立法以实施第十三条修正案的权力，它的运用应制定具有直接和首要特征的法律，不仅废除其制度，还废除其标记及附属条件。这两点应该被视为无可争议的定论，它们构成了 1866 年民权法案的基础。这项立法是否由第十三条修正案独立授权而不依赖它后来得到的第十四条修正案的支持（第十四条修正案通过以后，它重新颁布，增添了条款），我的同事认为这无须查究。但我认为，如果认真考虑他们的判决，该项立法的合宪性已在他们的判决意见中表达得很清楚了。正如我所说的，他们承认：第十三条修正案确认了自由；奴隶制的必然结果，即负担和资格缺欠构成了奴隶制度的实质和表象；在第十四条修正案被接纳以前，根据第十三条修正案，国会通过 1866 年法案，着手废除一定的负担和资格缺欠，即奴隶制的必然结果，不管以前是否受到奴役，该法案保护各个种族和肤色的所有公民的构成公民自由之实质的那些基本权利，也就是说，包括跟白人一样的签订并履行合同的权利，参加诉讼、成为当事人、提供证据的权利，以及继承、购买、租赁、出售、让与财产的权利；根据第十三条修正案，国会有义务对奴隶制度及伴生物采取措施；就消除奴隶制及非自愿劳役的所有形式及附属的必要性和适当性而言，国会的立法可以直接地首先地作用于个人行为，无论该行为是否经过州立法的认可。根据这些已经确认的主张，在我看来，不可能对 1866 年权利法案的合宪性产生质疑。我并不同意第十三条修正案授权国会可以通过立法在一些州界定和规范公民所享有的或可能享有的所有公民权利，但我坚持认为，正如法院曾多次声明的那样（*Slaughter-House Cases*，16 Wall. 36；*Strauder v. West Virginia*，100 U.S. 303），既然奴隶制是该修正案得以通过的决定性的或基本的原因，既然这一制度完全依赖于那些被束缚的人们作为一个种族的劣等地位，那么与其他种族的自由人享有的公

民权相对应，这些人的自由就必须包括使其免受由于他们的种族而产生的歧视的损害。因此，国会凭借通过适当立法以执行该修正案的明示权力，可以颁布法律保护人民免于因其种族而被剥夺同一州内其他种族自由人均享有的任何公民权利；这样的立法应具有直接和首要的特征，作用于各个州、州的官员以及州的代理人，而且至少还应作用于执行公共职能及行使属于州的权力的个人或组织。……

在这些事情上，国会并没有进入州的监督控制领域，正如我所说的，国会没打算对诸如旅店、公共交通工具和公共娱乐场所的运营或管理规定一般的条件和限制。实际上，国会仅仅宣布，既然在我们的国家里广泛的永久的自由已经得以确认，那么在公共交通工具、旅店、公共娱乐场所的接纳和待遇方面，不应再有仅仅基于种族或肤色的歧视。

我认为，组织和个人在履行公共或半公共性质的职能时，造成的这种歧视是一种奴役的标志，国会可以依职权通过适当立法禁止它，以执行第十三条修正案的规定。因此，即使不考虑根据宪法第十四条修正案扩大了的国会权力，根据我的判断，1875 年 3 月 1 日的法案也不违反宪法。

现在只需考虑与第十四条修正案被通过后国会所拥有的权力有关的几种情况。前述有关第十三条修正案下国会权力的内容，许多适用于这部分的讨论，对此我将不再重复。

我们看到，在最近几项修正案被通过以前，本院业已确立如下的原则：那些其先祖被贩运并作为奴隶出售的黑人，不能成为某一个州的甚至美利坚合众国的公民，不享有国家宪法赋予公民的权利和特权。此外，一个人可以享有作为某一州公民所享有的所有权利和特权，而不是国家宪法意义上的公民，不享有其他州公民享有的特权和豁免。尤为甚之，在第十三条修正案通过到 1866 年 6 月 16 日国会提出第十四条修正案期间，正如我们所见，几个州的立法越来越多的出现以规制学徒、流民或合同为伪装的制定法，实际上试图将有色种族限制在被奴役的状况之下。有人公开宣称：不管那些种族的人根据国家宪法享有作为自由人的什么样的权利，若没有州的同意，他们都不能成为这个州的公民，不享有该州公民的特权。因此，他们作为州的公民所享有的公民权利，完全依赖于州的立法的规定。回应黑人面临的这一新的危险，国家的意志不可以被怀疑或击败，因此，以进一步扩大国会的权力为方式，第十四条修正案被提议通过。……

但是，在有色种族的公民与他们所在的州之间，国家承诺赋予他们州的公民资格到底能保障什么？这种赋予能给他们带来什么样的权利、特权或豁免？如果没有带来其他的，那么至少有一种，即免于在涉及同一州白人享有的任何公民权利方面受到种族歧视。当然，这是在其他州的管辖范围内的宪法特权。而且，这也必须是他们在本州内的宪法权利。除非近来的修正案华而不实，只是抛出来欺骗那些应该通过国家获得公正慷慨的对待的人。这个国家的公民资格必须至少包含在相同的州内每个种族的公民都享有平等的公民权这样的意义。美国公民资格的基本特征就是，在上述权利方面，不应该有来自州的、州的官员的、行使公共职能和职权的个人或团体的，对任何公民基于其种族或先前受奴役之状况的歧视。……

但是如果确认只有在 1875 年的法案指明的权利遭到一些州法律或州行为

的减损或拒绝时，才能将国会的权力付诸实施，我坚持认为，本院的这个判定是错误的。……

在每一层适于第十四条修正案实际执行的重要含义上，铁路公司、旅店老板、以及公共娱乐场所的经营者都是州的代理人或媒介。因为他们负有对公众的责任，并在他们的责任及职能范围内，有义务遵守政府的规章。……

我的同事们认为，当一个人摆脱了奴隶制，并借助于对其有利的法律摆脱了与奴隶制不可分割的束缚后，他地位的提升仍必然要经历一段时期，在这段时间里，他仅仅获得公民的地位，不是法律的优待对象，他的作为公民或人的权利将受到与保护其他人的权利一样的普通方式来保护。我认为，说有色的种族已成为法律的优待对象是相当不公正的。现在被认为违宪的 1875 年民权法案是为了每一个种族及肤色的公民的利益。就有色种族而论，国家通过国会试图实现的是，确认并保护他们作为自由人和公民应有的权利，并没有更多的，这在合众国每一州的白人中间已经实现了。这并不足以看作是“帮助虚弱的人站起来，只是在背后支持他”。国会立法的一个基本目的，就是能使黑人取得仅仅是公民的地位。困难在于迫使对黑人享有公民地位的法律权利的承认，以及保障他们作为民众的一部分依法享受政府提供给他们的福利和幸福。国家为此目标而采取的每一步，都会面临阶级专制（class tyranny）的阻碍。当代一位英国历史学家认为，在所有的专制中，阶级专制最无法忍受，“因为它的实施无孔不入，尤其是针对那些因为默默无闻或地处偏远而不被单独的暴君所注意的人们”。今天，被执行公共权力的团体和个人剥夺了基于自由和公民资格的基本权利的人，只是有色种族，在某个将来，也许就会有其他种族的人民受到种族歧视的桎梏。如果宪法修正案能够按照它们被通过的目的来实施，正如我所认为的，那么在这个共和国之内，就不会有任何阶级的人处于另一阶级的实际控制之下，以至于使后者有权力随心所欲的施舍给前者一些特权。既然这个国家的最高层级的法律已经宣布，在公民权利问题上，不允许有任何权力的行使建立在对自由人和公民的基于其种族、肤色及先前受奴役之状况的歧视基础之上，那么，任何人都必须服从这一法律——为了其充分实施，国会被授予适当立法的明示权力——不论他的关于基本法修正案及为使其有效实施而颁布的有关法规的个人观点以前如何、现在怎样。基于上述理由，我不得不保留对于本院判决意见的异议。

（王晴译）

7．弗吉尼亚诉瑞福斯（*Virginia v. Rives*, 100 U.S. 313 [1880]）

在与本案相似的 *Strauder v. West Virginia* 一案中，黑人很罕见地赢得了战后法庭上的胜利。最高法院判决一项要求陪审团应全部由白人组成的州法规无效，因为该法规违背了平等保护的法律。但这是一次代价极大的胜利。从长远影响来看，下面的

Virginia 一案意义更加重大，因为它制裁了实际行为，而该种行为要是正式规定于法律之中本来是无效的。尽管弗吉尼亚州没有一个与西弗吉尼亚州同样的法规，黑人仍然通常被排斥在陪审团之外。然而，由于没有具体法规，法院拒绝采取行动，并因而要黑人承担举证责任证明排斥是有组织的、故意的。当然，那样做证明是很艰难的。

大法官斯特朗（Strong）宣布法院判决如下：

《美国法汇编》第 641 条规定了撤销权，“无论基于什么诉因，当针对任何个人的民事案件或刑事指控在州法院开始审理，而该人的任何法律所保障的美国公民平等民权的权利或遭拒绝，或无法在州的法庭内或州之特定部分内（在那里，此类案件或指控一直悬而未决）实施”等等。该规定宣称，此类案件在审判和最后听证之前可予以撤销。

它依赖的是宪法第十四修正案和实施该修正案的立法法规。该修正案宣称，任何州都不能制定或实施任何削减美国公民特权或豁免权之法律，也不能非经正当法律程序剥夺任何公民之生命、自由或财产，不得在其管辖范围内否定法律对任何人的平等保护。正是基于对这些宪法条款的遵循，民权法规才得以制定。

我们引述的宪法第十四修正案的条文，都专门地指向州的行为，而不针对任何私人的行为。禁止州在其管辖权范围内拒绝向公民提供法律的平等保护，故该法规以此修正案为基础，部分地列举出有色人种应享有的和白人同等的公民权利，意在保护这些权利免遭州政府的侵犯。第 641 条同样意在防止州行为的侵犯，并且仅为防止这种侵犯。

该判定法规定，只有在审判之前而不是审判开始后才准许撤销案件。所以，很多涉及有色人种权利遭拒绝的案件并不包括在内。它无法包括这样的案件，在该等案件中，有色人种的权利可能在审判中被司法行为所否认，或在判决中、执行判决的方式中受到歧视对待。但是，州法庭对宪法条款的违反，可能并且通常都是在审判开始之后才发生的。被告人权利被法庭拒绝的情况正是发生在审判之中和审判之后。越到那时，这种情况便越常发生。而不到那时，被告人不可能知道，法律的平等保护将不会延伸到他身上。当然，不到那时，被告不可能确认他的权利在法庭上被拒绝了，或无法得以实现。

因此，显而易见的是，对于这种案件，即司法机关在审判或最后听证开始后才违背宪法的禁止性条款的案件，第 641 条规定是不适用的。它不想触及这类案件。它把对这类案件的纠正权留给了州的更高级别的法院，并最后留给本院审查。我们并不是说，国会本来不能授予对进入联邦法院处于诉讼阶段的案件以撤销权，而无论拒绝给予被告法律的平等保护的裁定是何时作出的。在这个问题上无需确认任何东西。现在我们足以说第 641 条规定没有确认什么。

所以显而易见，第 641 条所说的在州法庭上遭到拒绝或不能实施法律（该法律规定所有美国公民享有平等民权）所保障的被告人权利，主要是（如果说不是专门的话）指州宪法和法律所导致的对于此种权利的拒绝或无法实施，而并非指显然是在案件审判中法庭所作出的拒绝。换言之，该法规所涉指的是立

法之拒不给予或由立法产生的实施不能。很多这类拒绝赋予权利的案件可能已获法律处理得以矫正，但仍有一些案件还存在着。有色人种可能被拒绝给予陪审团审判的权利，就像他们一直被对待的那样。法律已将他们排除出为审理其同族人案件而召集的陪审团之外，或者拒绝采纳对他们有利的有色人士提供的证据或拒绝为他们提供传唤证人的程序。我们还可以列举其他很多例证。在所有这些案件里，被告都能在审判前通过宣誓确认，他被拒绝给予法律之平等保护或民权之平等享有。但由于宪法或法律设定的阻碍，他不可能在案件到达审理程序前宣称他的公民权遭到拒绝。当他担心这些权利将在他的案件到达审判阶段被撤回时，他不可能确认这些权利实际上被拒绝了，或者他无法行使这些权利。而这样的确认对于他行使撤销案件权是至关重要的。根据州法规的明确要求，他的上诉中一定列出他据以主张撤销案件要求的事实，而不仅仅是他认为他在随后的诉讼阶段无法行使权利的看法。所以，该法规并非旨在纠正审判期间法庭在实施法律方面所犯的错误。

如果我们对国会法案的理解无误的话，这两个有色人士为撤销进入联邦法院的案件所作的上诉并未使得任何案件得以撤销。该上诉并不曾、现在也没有声称弗吉尼亚州宪法或法律拒绝赋予他们任何公民权，或妨碍他们实现法律之平等保护。法律根本没有因肤色而歧视他们，也根本没有其他任何歧视。上诉人指责是在指控他们的大陪审团中没有有色人士，在审判他们的陪审团中也没有一个有色人。该上诉明确提出：根据州法律，所有 21 岁以上不超过 60 岁的男性公民依宪法和法律享有选举权和担任公职权，同时都有义务担任陪审员。并且上诉人在上诉中提出：这项法律认可上诉人所属种族之公民担任陪审员的权利，担任陪审员既是权利又是义务（无疑这是正确的）。它并没有排除有色公民。

现在，像我们所承认并在 *Strauder v. Virginia* 一案中努力坚持的那样，在选任陪审员时因肤色而歧视有色人种的法律，违反了对黑人——当其被指控对州犯刑事罪行而进入审判时——的法律的平等保护。弗吉尼亚州的法律并没有这种歧视。像在本案那样，如果一个负责挑选陪审员的下级官员未能依法律真义履行其责任；如果他仅以肤色原因排除所有有色公民；或者，如果司法官拿到一个由白人和有色公民组成的陪审团召集令状，他仅因肤色而拒绝传唤有色公民作陪审员；或者，如果一个负责从盒子里挑选 12 个名字的书记员因同一原因拒绝所有的黑人陪审员，那么可以不顾礼节地说，被告人权利被州拒绝并无法在法庭上实现。我们认为第 641 条这一款并不包括这类案件。……

要求撤销的上诉书宣称，起诉或审判上诉人的大陪审团或陪审员全都由白人组成。在 Patrick 县，任何涉及有色公民的案件中从未允许他们种族的人担任陪审员。这些主张未能说明任何权利被侵犯，或存在因肤色或种族对被告人的歧视。事实可能正像陈述的那样，起诉或审判他们的陪审团也许已经过公正的挑选 。

法院或控方律师不允许对陪审团召集令状进行修正，以使陪审员组成的 1/3或一部分改由上诉人自己种族的公民担任，这不等于侵犯了他们的由法律保护的美国公民享有的平等民权。他们提出动议和向检察当局要求的特权，不是由弗吉尼亚州的该项法律、国会的任何法令或宪法第十四修正案授予他们或任何人并保障的。任何有色公民享有的权利是，在选择将处置自己生命、自由

或财产的陪审员时，不应把本种族公民排除在外，也不应有任何基于肤色的歧视。但这和上诉人声称的被州法院拒绝的权利是不同的事，也即，与要求陪审员须包括一部分有色公民的权利是两回事。在一个特定案件中，混合陪审团对于平等之法律保护并非是必要的，任何弗吉尼亚州的法律或联邦法规均未规定要求此种权利。所以，该权利不受第十四修正案的保障，也不在第641条规定的权限范围之内。

要求撤销的上诉没有举出该案应适用第641条这一条款的事实，因而，合众国巡回法院对本案没有管辖权。

（滕彪瑛译　劳东燕校）

8. 霍尔诉戴克尔（*Hall v. De Cuir*, 95 U.S. 485 [1878]）

1869年，共和党控制下的路易斯安那州立法机关立法禁止运输过程中任何形式的种族歧视行为。具有讽刺意味的是，许多人以其干扰州际贸易为由对其大加挞伐。最高法院接受了这种观点，在下面的案件中宣布州立法无效。但是，随着种族隔离立法在南方的发展，这也受到了攻击，攻击背后的逻辑是一致的，即隔离要求同样干扰州际贸易。但是，在 *Louisiana, N. Orleans, & Texas R. R. Co. v. Mississippi*, 133 U.S. 587 [1890] 案中，最高法院以这些法律声称只适用于州内贸易而认可了它们。直到半个世纪以后，最高法院才发现——或者说承认这两个案件内在的逻辑矛盾。（*Morgan v. Virginia*, 328 U.S. 373 [1946]）

首席大法官怀特（Waite）宣布法院判决如下：

为了解决本案，我们必须讨论路易斯安那州1869年1月23日制定的法案，它要求从事州际运输贸易服务业主都必须给予在该州旅行的、在为此服务而使用的公共交通工具上的所有乘客以平等权利和特权，而不得因种族或肤色加以区分或歧视。这便是下级法院对该法案的解释。这也是州法院对该法案向我们作出的最后解释。我们必须解决的是法案的条款本身。至于它是否对州内贸易产生规制，以及是否对州际贸易之外的其他事物产生影响，我们则在所不问。

毋庸置疑，在州际贸易方面，国会已被赋予排他性权力，问题不在于这权力是否存在，而在于什么样的情形被认定为侵害了这种权力。因为就像人们常说的那样："立法可能在许多方面影响贸易和贸易主，但却从来未形成宪法意义上的规制。"……各州把完全处于它们自己管辖范围内的贸易问题作为州内事务加以规制，而且它们对这些贸易机制有排他的政府控制权，除非涉及对外贸易或州际贸易。这些法规只能在州内适用，为任何目的所作的规制都可能被

州完全接受，除非国会在州的对外贸易或州际贸易方面进行立法。当国会确实也进行立法时，只有那些既影响州内贸易，又涉及州际贸易的州立法才会被国会立法代替。……划分州权力和排他的国会权力的界限并不总是一清二楚的，常见的情况是不知该把某一具体的案件归入谁的范围。即使对于一致同意的判决，各个法官的理由也常常相去甚远。在这种情形下，企图确定一条独断的规则，依据它就能对所有的案件分门别类，这种做法徒劳无益。在各个案件中依其具体涉及的权利来寻求解决这样微妙问题的具体办法更为可取。

但是，我们可以确定地说，试图直接对州际贸易课加义务或直接干涉它的自由的州立法一定侵损了国会的排他性权力。在我们看来，接受司法审查的路易斯安那州法规就是如此。它并不会通过地方规章的实施影响进入该州的商业贸易，但它对其他州进入该州或者离开该州前往其他州的商业贸易产生直接影响。即使路易斯安那州立法的目的是规制承运人在州内的活动，但它必然会在一定程度上影响他全程的业务管理。承运人对在该州上下船，或由路易斯安那州前往其他州的乘客的安排多多少少会影响从外地来到该州或经由该州的乘客。假如该州立法得以实施，那么，当船驶入该州时，在别的州上船的使用隔离船舱的白人就不得不和后上船的有色人种同处一舱。

为解决本案，我们采用联邦宪法中的商业条款。密西西比河流经十个州而它的支流经过的州为数更多。这些水域的商业利益十分巨大，对它的规制显然是一件全国性问题。如果各州能够在其管辖范围内自由规制承运人的行为，随之而来的可能混乱必定导致极大不便和不必要的麻烦。每个州将只考虑自己的乘客和规制自己货物的运输，而无视他州的利益。不仅如此，各州还会制定规则，在该州的承运人对从其他州运来的财产和货物的处理也要受制于该规则。在密西西比河或其支流的左边他必须遵循一套规则，在它们的右岸遵循的却又是另一套规则。在这种混乱不堪的情况下，商业不可能繁荣兴旺。如果在州界一边，黑人和白人应当被允许同处一舱，而在州界另一边，应当实行隔离，那么运送旅客的承运人就无法称心如意地开展业务，也无法令他们的雇主满意。承运人在他的业务全程受制于统一的管理是必要的。为了做到这一点，不受州界约束的国会已被授予排他的立法权力，以决定如何管理。如果该路易斯安那州法案能够强制适用于州际贸易业主，那它就能够适用于从事国际贸易业主；载着旅客从新奥尔良驶往利物浦的轮船船主被迫在他顺密西西比河而下的航程中要么把所有旅客（白人和有色人种）同置一舱，要么构成侵权赔偿行为，这种侵权行为“不但是事实上的还是典型的，任何由于他的肤色问题排除在舱外的义愤填膺的旅客都有权请求赔偿。

无论国会是否进行这方面的立法，它都有对此予以规制的权力。在没有立法时，国会实际上把那些占据上风的、为政府提供处理此类事务准则的普通法、民法和各州为了对州内事务予以规制（这种规制是非宪法意义上的）而制定的法规作为自己的规制行为。事实上，国会立法的目的是补救现有法律中的漏洞和缺失，修正这些法律是为了促进贸易的兴旺发达。就像菲尔德（Field）法官在 *Welton v. The State of Missouri*，91 U.S. 282 案的判决中所说的那样：“（国会的）沉默（inact）……等同于这样的宣言，即：州际贸易应当自由进行，不受妨碍。”把上述原则运用于本案情境，国会的沉默允许（船主）……在路易斯安那州内外从事航运时自由采用在他看来对所有的人来说最为有利的

合理规则和办法。本案所质疑的那部法案，根据路易斯安那州法院的解释，似乎只要船主在路州，他的上述权力就会被剥夺；除非法案违宪，我们就会最大限度地认可维护该法案的原则。但是，我们认为，路州的该法规要求那些州际旅客运输的承运人在路州把黑人和白人置于同一舱中，它因违宪而归于无效。如果公共利益（public good）要求这种立法，那么它也是国会而非各州的事情……

（汪庆华译　王笑红校）

9. 普莱西诉弗格森（*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 [1896]）

19 世纪 90 年代，在南方各州抵制黑人的浪潮喧嚣一时。剥夺黑人投票权现象普遍存在，而且立法机关制定法律，形成整套机制以支持作为社会分隔和社会控制手段的种族隔离。1890 年，路易斯安那州重返重建时期的立场，要求为不同种族提供隔离的火车包厢。混血儿普莱西，以该立法违法了第十三、十四修正案为由对它提出质疑。在下述案件中，最高法院实际上将它对该等法案的承认建立在“隔离但平等”原则，而且它的判决理由成为相似立法合法性和正当性的基本先例。一如他们六十年后的继任者一样，他们已经非正式地承认了社会学因素。和以往一样，只有前奴隶主哈兰（Harlan）大法官反对认可种族主义的立法。

大法官布朗（Brown）宣布法院判决如下：

本案的关键是路州议会 1890 年制定的一项法案的合宪性，它要求把白人车厢和有色人车厢分开……

该法律的第一部分规定“在本州运送旅客的所有铁路公司在客车中必须为白人和有色人提供平等但隔离的包厢。或者给每列火车配备两节以上车厢，或者把客车车厢隔成包厢，但是，该部分不应该解释为适用于街车。乘客只能在依据其所属种族被指定的车厢中拥有座位。

在地区刑事法庭提交的材料实质上指控 Plessy，作为行程为路州的两站的乘客，当铁路公司根据其所属种族为他指定一个车厢时，他却执意要进人另一个属于其他种族的车厢。但在提交的材料和答辩中，都未对 Plessy 的族裔和肤色加以澄清。

申请禁止令状的请求书中证明请求人具有八分之七的白人血统，八分之一的黑人血统，他是混血儿这点不易辨认。因此他获得每个美国白人享有的权利、特权、豁免权。而且，依此理由，他在白人车厢中有他的座位。在列车员要求他空出座位，到另一个指定给有色人的车厢就座时，他拒不服从列车员的命令。列车员在乘警的协助下，将 Plessy 强迫赶下火车。他被囚于地方监狱以便对违反了路州的上述法案这一指控作出答辩。

对该法案合宪性的攻击立基于法案与第十三修正案（废除奴隶制）、第十四修正案（禁止州方采取特定的限制性立法）相冲突。

显而易见，该法案与第十三修正案并无冲突，该修正案规定，除非是作为对犯罪的惩罚，在美国应当消灭奴隶制和劳役……

在 *Slaughter-House Cases*，16 Wall. 36，中，如何适当解释第十四修正案首次引起最高法院的注意。然而 Slaughter House Cases 案涉及的不是种族问题，而是专有特权问题。本案无须就第十四修正案意欲赋予有色人种的确切权利发表意见。不过，总而言之，第十四修正案的主要目的是：确定黑人的公民资格，对"美国公民"和"州公民"的概念给出界定，保护作为美国公民而享有的、区别与作为州公民所享有的特权与豁免权而免受州恶意立法的侵犯。

毋庸置疑，第十四修正案旨在保证在法律面前绝对的种族平等，但就事物的本性而言，它的本意不可能是消除因种族而生的差异，不可能是实现区别于政治平等的社会平等，也不可能是实现双方都不满的含混的平等措施。在不同种族易于接触的场合，法律允许甚至要求种族隔离并不暗含有一个种族比另一个种族低劣的意思，而且制定这样的法律被认为是属于州立法机关运用治安权力的权限范围内的。即使人们不是一致地至少是通常这样认为的。这种观点的最常见例子是为白人和黑人儿童建立隔离学校，即使在那些有色人的政治权利长期得到诚挚热心保障的州法院，这种做法也被看作是立法权力的合法实践。

这类案件中最早的一个是 *Roberts v. City of Boston*，5 Cush. 198［1849］。在该案中，马萨诸塞州最高法院认为波士顿高级中学委员会有权对专门为有色人种儿童建立的隔离学校设定规章，并禁止这些儿童进入其他学校。首席大法官肖（Shaw）论述到："学识渊博、雄辩滔滔的原告方律师 Summer，提出的重大原则是，依据马萨诸塞州的宪法和法律，所有的人不分年龄、性别、出生、肤色、血缘、出身和财产状况，在法律面前一律平等"……但是，当这条重大的原则适用于身处社会、具体条件不一的人的时候，它并非下述认识的保障：法律赋予男女平等的公民权利和政治权利，未成年人和成年人在法律上有同样的职责且应受同样对待。这条原则只是确保，所有人由法律赋予和规定的权利都平等获得国家家父般的关照并为这些权利的存续和免受侵犯而予以家父般的保护。"学校委员会的下述权力得到法院认可：为不同年龄、性别和肤色的孩子们建立隔离学校的权力，为贫苦和卑下（neglected）的穷人孩子建立特殊学校的权力。他们年龄太大，无法上普通小学，但他们又未学过基础知识，建立特别学校以使他们能够获得普通教育。 如许多州立法，国会依据它对哥伦比亚特区的一般立法权制定的的类似法律也常常获得法院的支持，即使不是绝对这样。

因而，当考虑的是与第十四修正案是否相冲突时，案件本身已转化为路州的制定法是否合理的问题。而在这个问题上，法院对立法必须有较大的裁量权。在决定合理性的问题上，立法者应当在考虑过已确立的惯例、习惯和传统之后，为提高民众的生活舒适水平以及维护公共安全和良好秩序而自由立法。依据上述标准，我们不能说，授权乃至要求在交通工具上实行种族隔离的法律是不合理的，也不能说这种法律与国会规定在哥伦比亚特区必须为有色人种儿童提供种族隔离学校的法案相比，更恶劣地违反了宪法第十四修正案——而后者以及与后者相类的州立法机关制定的法案的合宪性似乎从未受到质疑。

我们认为，原告论点的潜在错误在于下述假定，强制隔离两个种族为有色人种打上了低人一等的烙印。假如这是正确的，那它也只是有色人对该法案选择了这种解释，而不是它内含有任何这种意思。而这种论点必然臆定如果有色人成为州立法机关中的主导力量，他们用精确的语词制定一部同样的法律，那么它会因此在法律上把白人倒置于低人一等的位置。这种论点被多次提起，而且以后也可能被提出。我们能够想象出，至少白人是不会承认这种推测的。这种观点还认为社会偏见能经由立法加以克服，而且除非强迫种族混杂，舍此黑人无法获得平等权利。我们不能接受这种看法，如果这两个种族要实现生活平等基础上的接触，那它一定是自然亲和对彼此品性的欣赏和对个体的自愿认同的结果……立法无法根除种族本能差异和消灭因身体构造不同而形成的差别，逆其道而行之的努力，其结果只能是加强了现存境况中的差异性。如果两个种族的公民权利和政治权利平等，在公民权或政治上，一个种族就不比另一个种族低劣。如果一个种族比另一个种族在社会地位社会地位卑下，美国联邦宪法也无法把他们拉平……

* * *

大法官哈兰（Harlan）发表了异议：

在路州，可能会有非美国籍的不同种族的人，路州该法的表述："白种人和有色人"必定包括了在路州的所有美国籍黑人和白人。因此我们要予以审查的是这样的一部州法案，它以刑罚为威胁，强迫在州旅客列车上实行种族隔离，并且规定一个族裔的公民进入被指定为属于另一族裔公民车厢的行为是犯罪。

因而路州单纯以种族为标准来规制美国公民对公共交通设施的使用。即使这种法的非正义性立即从表面上看就已十分彰显，我们仍要考察其是否与宪法修正案相符合……

就对所有公民一视同仁的民权而言，我认为，美国联邦宪法没有允许公共当局基于种族决定对其应享权利的保护。每个正直的人都会有种族自豪感，而且，当在法律面前与其平等的他人的权利不受影响时，表达种族自豪感以及采取他认为正当的行为是他的特权。但我们不认为任何立法机构或司法机关在涉及民权的问题上有必要考虑公民的族裔。事实上，如正受审查的路州法案一样的立法，不但与因具有美国和州公民身份而享有的平等权利相冲突，而且与美国境内每个人都享有的个人自由相抵触……

白人认为他们是这个国家占优势的种族。在名望、成就、教育、财富以及权力享有方面的确如此。因而，我毫不怀疑，如果白人能够忠于自己的传统，坚持宪法自由原则，那么这种状况就会永远延续下去。但是在宪法的观念里，在法律的眼中，在这个国家不存在高高在上、颐指气使的统治阶级，这里也不存在等级制。我们的联邦宪法是色盲（color-blinded），它不知道也不会容忍公民中的阶级分化，所有公民在法律面前一律平等。藉藉无名者和声名显赫者地位平等。在涉及由我国宪法保证公民权的问题上，法律考虑的是人本身，并不考虑他的个人境况和族裔归属。所以，非常遗憾，我国基本法的最终解释者得

出结论，认为州完全以一族裔为标准对公民享有的民权的规制是合法的。

在我看来，一如本院对 *Dred Scott* 案的判决，今天的判决也会很快被证明贻害无穷。在 *Dred Scott* 案中，本院认为：从非洲运到美国作为奴隶出卖的非洲人后代（宪法中“公民”这个词并不包括或者说并不试图包括），宪法文本规定和赋予美国公民的权利和特权，非洲人的后代没有资格对它们提出主张。在制定宪法的时候，他们“被看成是次等的阶层，它们受制于占优势的种族，而且无论它们是否已获解放，仍然从属于别人的权威，除了那些被权力机构和政府选中获得赋权的人，他们没有任何权利和特权。”（19 How. 393，404.）人们认为宪法最近的修正案研究把上述原则从我们的宪法中根除。但是，似乎在一些州还是存在一个优势种族——公民中高人一等的阶层，他们意欲以种族为标准规制所有公民通有的民权之享有。现在的判决，若得以真实地理解，不仅会或多或少粗暴讨厌地引起对黑人公民法定权利的侵犯，而且会助长下述认识，即美国人民晚近通过修正案抱有的善意有可能被州立法化为齑粉。这些修正案中有一条赋予这个国家中的黑人以美国及他所居住州的公民权，他们作为公民所享有的特权和豁免权，州政府不得予以减损。八百万黑人的存在对六千万白人构不成任何威胁。在这个国家，这两个种族的命运紧密相连。双方的利益都要求所有人的公共政府禁止以法律制裁的名义播下种族仇恨的种子。与立基于有色公民低人一等、卑鄙无耻，所以不准他们和白人公民坐在同一车厢的州立法相比，还有什么别的做法更能激起种族仇恨，还有什么别的做法能更确定不疑在这两个种族之间制造和固化憎恶情绪？这就是路州法案的真实含义，这一点所有人都会赞同。

如果在为所有人利益而设立的公共交通工具上实行种族混杂会产生恶果，与以种族为标准规制公民享有的公民权的法案定会产生的恶果相比，它们也可以忽略不计。我们吹嘘自己的人民享有的权利多于任何其他国家人民所享有的。但这种吹嘘与下述州立法的冲突却无法调和，它实质上在同是我国公民的我们的为数众多的同伴的脸上烙下奴役和卑污的印记。在火车车厢中为乘客提供“同等”便利这一烟幕弹欺骗不了任何人，也修正不了目前已犯的错误。

我的观点是，路州立法不但与在该州的公民（黑人和白人）个人自由相抵触，而且违反了美国宪法的字面意思和它的精神。如果类似该路州法案特征的立法在其他州也得以通过。那么，这无疑是最大的悲哀。奴隶制，作为法律允许的社会制度已经从我们国家消灭，这千真万确。但是，各州仍然有权通过邪恶的立法，干扰公民对自由的幸福的充分享有，以种族为标准规制所有公民共有的民权，把大量的美国公民置于法律劣势的地位，这些公民是构成所谓美国人民这一政治共同体的一部分，而这一政府是通过代议制组成的民治和民享的政府。上述法律体系与宪法对每个州都有一个共和制政府的保障是相违背的，它可能会被国会法案所否决，或者被肩负维护我国联邦宪法最高效力神圣职责的联邦法院宣布无效，而不论任何州宪法或法律中存在与联邦宪法抵触的任何内容……

（汪庆华译　王笑红校）

第二编

宪法与经济

（1888—1941）

一、自由放任与政府管制

（一）州管制与正当程序

（二）联邦运输管制

（三）垄断问题

（四）契约自由与劳工问题

（五）所得税

（六）联邦治安权

（一）州管制与正当程序

1. 屠宰场案件（*Slaughter-House Cases*，16 Wallace 36［1873］）

1869年，路易斯安那州立法机关通过一项法案，规制新奥尔良的屠宰场。表面上看，它是为健康而制定的措施。它规定，某公司对该市的牲畜存栏和屠宰事务享有排他的特权。在以前任大法官约翰·A·堪培尔（John A. Compell）作为律师的带领下，那些被这项法案排除在外的公司抗议说，这项法案违反了联邦宪法第十四修正案，因为它损害了它们的权利和特权，否认了它们受法律平等保护的权利，剥夺了他们的财产却未经正当法律程序。多数大法官确实震惊于对新修正案的这种运用。他们认为制定宪法第十四修正案的目的是为了新近被解放奴隶的利益，所以他们的结论是，驳回屠户的主张。米勒（Miller）大法官所写的多数人意见重申传统观念，维护州的规制权力。但是，菲尔德（Field）和布拉德雷（Bradley）的反对意见则更准确地指出了宪法的未来发展道路。

大法官米勒（Miller）宣布法院判决如下：

这部法规受到谴责，不仅因为它促成垄断，以损害新奥尔良市社区中的大多数人为代价赋予一小撮人令人不满的排他特权，而且由于它剥夺了市民中一个广泛的有贡献的阶层——新奥尔良市的所有屠户——从事交易的权利。他们已经受过这方面事务的训练，并赖此为生、养家糊口，而且不受限制地从事屠宰业务，对这个城市人们的日常所需是必要的。

但是，对该法案的严格审查基本不能论证上述断言的合理性……

为一个大城市规定和确定开展屠宰业务的场所是立法机构——市和州的至高无上的权力机构——的权利和责任，这一点无可辩驳，更不可能被成功地驳倒。要有效地做到这点，就有必要规定屠宰牲畜以供食用的人都应在指定地点而非其他地方从事其业务。

接受审查的法案规定了一些场所，禁止在这些场所以外的任何地方屠宰牲畜。它并不像某些人所说的那样，妨碍屠户从事他自己的屠宰业务。与此相反，法律要求屠宰场公司（Slaughter-House Company）必须允许任何希望从事屠宰业务者利用它的房子，否则就会受到刑事惩罚。该公司还必须为整个城市的所有屠宰事务提供充分的便利。所以，屠户仍然被允许进行屠宰、准备和出售猪肉，但他要在特定的地方屠宰并为使用该处提供的场所支付合理的费用。

立法机关保护垄断是否明智可以讨论。但是，很难说下述断言有其合理性，即认为屠户被剥夺了从事自己职业的权利，民众在准备食物方面被剥夺了

获得日常服务的权利；认为该法规对屠宰场公司课加的责任和提供的保护就能够被看成破坏了屠宰业务，或者说严重干扰了屠宰职业。

路易斯安那州立法机关在这里运用的权力就其本质来说是这样一种权力：迄今为止它在这个国家的宪法史上一直被认为属于州权力，虽然现在在某些细节方面受到质疑……

可以认为……路易斯安那州立法机关有充分的权力制定目前的法规，这点已得到确认，除非在我们已经引用的判决作出之后，路易斯安那州宪法和美国联邦宪法修正案中含有对运用该权利的限制。

如果路易斯安那州宪法中存在任何这方面的限制，路易斯安那州最高法院必然已经解决了这个问题，也就不必留待本院审查……

承认该事项的复审原告，声称该法规在下述几个具体方面违反了美国联邦宪法：

（1）它导致联邦宪法第十三修正案禁止的非自愿劳役（involuntary servitude）的形成；

（2）它损害了美国公民享有的特权和豁免权；

（3）它否定了被告受法律平等保护的权利；

（4）它未经正当法律程序，剥夺了公民的财产，这与联邦宪法第十四修正案第一款相矛盾。

因而，本院第一次需要对这些条款作出解释……

如果与特定时代的历史相联系，即使对这些条款的最粗浅的考察也能够揭示出其目的的一致性。就对其真实含义产生怀疑的任何问题来说，这种一致性的考虑都不失其重要意义。如果这样的怀疑合理存在，不考察历史，这种怀疑就无法可靠而且合理地得到解决。因为在历史之中，我们能找到为了对人权提供特别保护，赋予联邦政府额外权力以及对州权力额外限制而再次求助于这个国家伟大力量——各州人民——的原因和必然性。幸运的是，历史在我们所有人的头脑中记忆犹新，它的主要特征影响着我们面临的问题，这毋庸置疑。

美国所有的州中，约有一半曾存在黑人奴隶制。在希望对其加以限制乃至最终消灭的一派和希望对其加以保护乃至永久化的另一派之间的争斗占据着公众的观念，经久不息。争斗发展到极点，其结果是存在奴隶制的绝大多数州企图脱离联邦政府，并抵制联邦政府的权力。这导致了南北战争，而且不管引发战争的其他次要原因是什么，毋庸置疑，奴隶制是决定性的和根本性的动因。

在那场斗争中，作为一种合法社会关系的奴隶制已经被消灭。它的消失是苦痛和暴力奋斗的必然结果……所以宪法第十三修正案的制定也是如此。构成它的两项条款的表达雄辩有力，在我们已指明的目的方面恰当适宜，以至于几乎无须解释。

> （1）在合众国境内或合众国管辖的任何地方，不得有奴隶制度或非自愿的劳役存在，除用以惩罚依法判刑的罪犯以外。
>
> （2）国会有权以适当立法实施本条。

至少需要一些努力，把思绪从这--关于在政府管辖权范围内所有人种的个人自由庄严而简洁的宣言中解脱出来——该宣言为了赋予四百万奴隶以自由——以及由微观研究找到其与强迫劳役的关系，这种强迫奴役在某些地方可能

与财产相联系。

劳奴的意思已经通过对“非自愿”这个词的使用表达出来，它只能适用于人类。作为对罪犯的惩罚的非自愿劳役这一例外，则给出了劳役类别的观念。非自愿奴役这个词的意思范围比奴隶制要宽泛，因为后者的意思在这个国家被公众普遍理解，宪法第十三修正案的明显目的在于禁止各式各样的黑人奴隶制。只要用了“奴隶制”这个字眼，这一条款的立法目的就可能被规避，只要想一想美国政府废除奴隶制后，西印度群岛长期学徒制的存在，以及把奴隶变成附属于种植园的农奴的这些事实，就可以很好地理解这一点……

那些参与叛乱的州在恢复与联邦政府以及与其他州正常关系的过程（这一过程自约翰逊总统1865年的宣言开始直至国会召集以前）中表明了这样一个事实，尽管那些州正式承认废除奴隶制，但如果没有联邦政府的进一步保护，原来属于奴隶的种族的生存状态就会和此前一样糟糕。有几个声称与联邦政府关系已经正常化的州，在其立法机构制定的首批立法法案中，许多法律剥夺有色人种多方面的法律资格，课加负担，限制他们的生命、自由、财产权利到了如此地步，以至于他们获得的自由几无价值可言。与此同时，他们却又失去了其前主人出于利益和人性对他们的保护……

这些情形，在它们出现的时候谬误百出，混乱不堪。它们迫使政治家——他们引导联邦政府成功地渡过了内战的危机，他们以为他们通过第十三修正案能够保障他们奋斗的结果——确信仍有必要对这个不幸的多灾多难的种族提供更多的宪法保护。他们同意国会制定第十四修正案的建议，他们还认为除非那些已投降的州经由其立法机关的正式投票批准第十四修正案，否则不能认为他们已经充分参与美国联邦政府的事务……

联邦宪法第十四修正案第一款是我们关注的焦点所在。它给出了“公民”概念——不仅包括“美国公民”，还包括“州公民”—— 的定义。在此前的宪法文本中找不到类似定义，国会的法案也从未试图去定义它。这一概念在过去已经成为法院、行政机关以及公众杂志许多争论的导火索。一些著名的法官认为，只有一个人是组成联邦的某州的公民，他才能成为美国公民。因而，那些出生或一直居住在哥伦比亚特区和保留地的人，虽然在是美国境内，但并不是它的公民。就这种观点正确与否从未作出过司法判决。但是，在内战爆发的前几年，在著名的 *Dred Scott* 案中，最高法院已经判定，非洲人的后裔，不论是否为奴隶，过去不是（was not）现在也没有资格成为（could not be）美国的公民。这一判决在我国遭到历练能干的政治家和宪法学者的谴责，但它并未被推翻。如果它被当作是对公民权利的宪法限制，那么，所有近来被解放的黑人就仍然不仅不是公民，而且除非另有宪法修正案规定，也没有资格成为美国公民。

宪法第十四修正案第一款第一句，其主要目的是为了排除上述障碍，也是为了确立对“公民”概念清晰明了和广泛全面的定义，这一定义必须包括构成美国公民以及州公民身份的要件是什么。这一条款的内容为：

> “凡出生或归化于合众国并受其管辖之人，皆为合众国及其所居住州的公民。”

我们对这一条款要作的第一个评论是，它使我们提及的众说纷纭的两个问

题的争论归于平息。它宣布，不管一个人是否为某州的公民，他都有可能成为美国的公民。因为它规定所有人，只要出生在美国，受其司法管辖就是美国公民。所以该条款推翻了 *Dred Scott* 案的判决。它的主要目的是赋予黑人以美国公民身份，这一点无可置疑。"受合众国管辖"这一术语的用意是把外交使节的孩子、领事、出生在美国而为外国公民或臣民者排除在该条款的效力之外。

考虑到本案律师提出的一些论点，下面的评论显得更为重要。美国公民身份和州公民身份之间的区别已经清楚地得到认可和确定。不但一个没有州公民身份的人可能成为美国公民，而且存在一个重要因素使前者能够转化成后者。他必须住在某州才能成为该州公民，而他要成为美国公民则只需出生在或归化于美国。

因此，显而易见的是，美国公民身份与州公民身份是相区别的，它们各自依赖不同的特征和条件。

我们认为，第十四修正案这一条款中，这种区分以及对这种区分的明确认可在本案的论辩中意义重大。因为该修正案第一款的其他部分，也就是复审原告依据的主要部分，它所说的主要是美国公民的特权和豁免权，而不涉及州公民的特权和豁免权。但是，支持原告论点的全部依据在于假定，美国公民身份和州公民身份是同一的，该条款保证的特权和豁免权对美国公民和州公民而言是同样的。

该部分的原文是"任何州不得制定或施行剥夺合众国公民的特权或豁免权的任何法律"。显然，如果这一条款的目的是保护州公民免受他所属州立法机关的侵害，那么，在这个句子中，一定遗漏了"州公民"一词，"州公民"作为与"美国公民"相对应区分的语汇，在前面一句中的使用是十分谨慎的。该立法语汇的变化是有目的而且是能够理解的。这一点清楚明了，无须讨论。

我们现在要考虑的是，美国公民的特权和豁免权以及州公民的特权和豁免权分别是什么。但我们希望在这里指出的是，第十四修正案只规定了前者，而后者，不管它是什么，该修正案的第一款并没有试图对它提供额外保护的意思。

因而，如果在属于美国公民诸如此类的特权和豁免权与属于州公民诸如此类的特权和豁免权之间存在差别，那么，后者只能求助于它一直求助的对象以获得安全和保护，因为，该修正案的第一项并不包括后者。

在我们的宪法史上，"特权和豁免权"第一次出现是在《邦联条例》的第四条中。它宣布：

> "为了更好建立并维系联盟各州人民之间相互友谊和交往，除乞丐、流氓与逃犯外，各州自由居民有权享受诸州公民之一切特权与豁免权，每州人民并可自由进出任何他州，并将与该州居民一样，在该州内享受一切贸易与商业特权，被课以同样的义务和税款、受到同样限制。"

代替《邦联条例》的联邦宪法，其相应条文是第四条第二款第一项，其规定如下：

> "每一州的公民应有权利享受各州公民的一切特权与豁免权。"

这两项法律规定的目的是一样的，他们所说的特权和豁免权也是一样的，这一点基本没有什么问题。《邦联条例》中提到一些具体的特权和豁免权，其足以对这一表述意指的公民权的类别给出一些一般观点。

幸运的是，我们能够找到对该项宪法条款的司法解释。有关这个问题的第一个以及最重要的案件是 *Corfield v. Coryell*。该案是在 1823 年由宾西法尼亚州地区巡回法院的华盛顿法官判决的。

"要查明的是，"他说，"各州公民享有的特权和豁免权是什么？我们毫不犹豫地把这些特权和豁免权限定为那些基本的权利，这些权利为所有在自由政府治下的公民所享有，而且，从各州获得自由、独立和主权之时起，就一直为组成联邦的各州之公民所享有。这些基本的原则是什么，要列举出来困难不大，但乏味之极。但是，它们都可以通过下述条目而得以理解：受政府保护，取得和占有各种各样财产，追求和获得幸福与安全的权利，以及仅受政府为了所有人的共同福利而施加的限制。"……

那里提到的宪法条款并没有创设所谓的州公民的特权和豁免权。该条款并未向州公民提供任何他们声称和运用的特权和豁免权的保护，它也并未表示要控制州政府对自己的公民拥有的权利。

它的惟一目的是向各州宣布，无论其向本州公民授予、创设权利还是对本州公民运用这些权利加以限制、限定和规制，该州对处于其司法管辖之下的其他州公民的权利予以衡量时，应一视同仁，不得损益。

通过引证权威论述以试图证明下述看法是极端无知的表现。这种看法认为，直到最近通过的修正案为止，没有人认为或假定那些权利的存在和保护要依赖联邦政府，除了明确表述的联邦宪法对各州的极少限制——如禁止溯及既往的（*ex post facto*）法律，禁止剥夺财产和公民权利的法案以及损害契约义务的法律。但是除了上面提到的以及其他屈指可数的限制外，我们已经提到的州公民的特权和豁免权的所有内容都在州的宪法权力和立法权力范围内，而在联邦宪法权力和立法权力之外。难道第十四修正案通过简单地宣称任何州不得制定和实施损害美国公民特权和豁免权的法律，其目的就是把维护和保障我们已提到的所有公民权利从州政府手中转交给联邦政府？难道有关美国国会有权实施该条款的规定，其目的就是把迄今为止，在所有公民权利领域排它地属于州的权力置于联邦权力之下？

如果复审原告观点能够成立，那么对上述问题以及诸如此类问题的答案就是肯定的。因为，不仅任何受国会控制的权利，任何被假定受州立法损害的时候，国会都有自由裁量权。而且，国会可能会在它认为是适当的问题上事先立法，以限定和规制州立法权力的运用，并把此类立法作为它的最一般和经常的职能。更为严重的是，通过撤销路易斯安那州最高法院对这些案件的判决，对宪法的这种解释导致的后果是，它将会赋予本院对各州有关其公民民权的所有立法以永久审查权，本院因此有权宣布它认为侵犯这些民权的法案无效，即使这些法案在宪法修正案通过时就已经存在。我们认可的观点并不总具有最大的确定性，因为它是反对接受宪法文本的特殊解释的结果。但是，就我们要判决的案件而言，当这些结果是如此严重，影响如此深远和普遍，对我们的宪法结构和精神的背离是如此彻底的时候：当它的影响是使迄今为止普遍认为属于州的一般性和根本性权力受制于联邦政府而遭到束缚和贬抑的时候；当它事实上

根本改变了州政府和联邦政府间关系和州政府与人民关系的理论的时候；在缺乏对这种立法目的的明确表述以致不会产生疑问时，这种观点就有一种无法抵挡的力量。

我们确信，任何此类结果都不是提出这些修正案的国会希望看到的，也不是批准了这些修正案的州立法机关的意思。

在指出下述事实——本案论争中依据的特权和豁免权只是属于相应各州公民的，它仍有待于州政府的维护和保障，它并未经由此修正案而被置于联邦政府的特别关注之下——之后，我们认为我们无须给任何州都不得损害的美国公民的特权和豁免权作出界定，除非涉及那些特权的案件要求必须如此。

为避免一旦把我们已经考虑的那些美国公民的特权和豁免权排除在外，就有人声称不存在此类特权和豁免权，我们试图列出几项源于联邦政府、它的全国性、联邦宪法和法律的特权和豁免权。

其中的一项在 *Crandall v. Nevada* ［1868］案中得到很好的确认。法院认为这个伟大国家的公民的下述权利，受它的宪法条款的隐含保证。这些权利包括"在政府面前坚持他对政府所享有的权利主张；与政府进行任何他可能与之进行的商业事务；寻求政府的保护；担任政府的官职；参与政府职能的实施。他有权自由使用合众国的港口进行对外贸易，他也有权自由使用任何州的国库分库、土地部门以及法院提供的公共服务。"用坦尼（Tancy）大法官在一个案件中的话来说，那就是"建立联邦政府的所有重要目的归为一点，即我们是一个共同国家之内的一个民族，我们都是美国的公民"。而作为美国的公民，他们的权利在 *Crandall v. Nevada* 案中受到法院的支持。

美国公民的另一项特权是，当他在公海或受外国政府司法管辖时，他有权要求联邦政府照顾和保护他的生命、自由和财产。这一点毋庸置疑，而他的这些权利依赖于其美国公民身份也毫无疑问，和平集会与吁请昭雪的权利，申请人身保护令的特权都是联邦宪法赋予的公民权。使用美国可航水域的权利（不论这些河流如何流经各州的土地）以及根据美国与其他国家签订条约获得的所有权利依据的都是美国公民身份，而非州公民身份。我们谈及的宪法修正案中有一条就赋予美国公民以上述特权中的一种。该特权为，美国公民能够根据其自由意志，通过真正居住在联邦任何一州以成为该州公民，并享有该州其他公民所享有的同样权利。在这些权利之外，还可以加上第十三、十五修正案以及第十四修正案（下面将会论及）保护下的权利。

但是，继续这方面的探讨毫无意义。我们认为，复审原告主张的权利，即使存在，它们也不属于我们正在讨论的宪法第十四修正案所包括的美国公民的特权和豁免权。

在这些案件中，一直很少强调这样的观点：被告的特许状未经正当法律程序就剥夺了原告的财产或者说它拒绝给予他们受法律同等保护的权利。自从联邦宪法第五修正案通过以来，第十四修正案第一款就已经在宪法中存在，作为对联邦权力的限制。几乎在所有的州宪法中也能找到某种形式的表达，作为对州权力的限制。因此，该路易斯安那州法案实际上在整个政府存续期间，与它现在的处境并无不同，除非目前的第十四修正案可能把在这个问题上对州予以限制的权力置于联邦政府手中。

我们能够发现对该宪法修正案条款含义的州和联邦司法解释。有足够的理

由说，我们从未见过或也没有对该条款的任何解释认为路易斯安那州新奥尔良市对屠户开展其业务施加的限制是对下述条款意指的财产的剥夺。该条款内容为：

> “任何州不得在其管辖范围内拒绝给予法律对所有人的平等保护。”

根据制定这些修正案的历史以及我们已考察的它的普遍立法目的，给出该条款的意思并不困难。在新近解放奴隶居住的州，存在极端不公正而且刁难黑人的歧视性法律。依据该条款的规定，此类法律是被禁止的，因为该条款的目的就是补救它们带来的恶果。

但是，如果州法与该条款要求不相符，那么国会依据第十四修正案第五款规定就有权制定适当立法来实施该修正案。但对于未受歧视黑人阶层或黑人种族影响的州行为是否置于该条款的视野之中，我们感到疑虑重重。它是一条处理种族以及相关紧急状态的法律，这一点是如此明显，以至于就该条款的普遍适用来说，需要存在一个强有力的案由。但在，因为本案不仅涉及州法律的有效性，还要解决州的地位问题，所以我们放心地把这个问题置于一旁，直到国会运用自己的权力或者在某些案件中，由于州政府在州法院被判决违反同等正义原则（equal justice）而要求我们作出判决时为止。但在我们审理的案件中，找不到这样的情形。我们认为没有必要越过上述观点的界限，否则它就涉及与宪法第十四修正案的关系。

在创立政府的早期历史上，看来政治家们已经划了一条界线，把联邦政府的权力和州政府的权利分开。虽然在公众观念中，这条线从未被清晰划定。但这种划分从那时起，一直延续到现在。

在宪法原初文本被各州接受以后，很快又通过了宪法的十一条修正案。它表明了当时警惕联邦权力危险的普遍观念。而且，难以否定，直到最近爆发南北战争为止，这种情感在许多爱国志士的头脑中一直存在。正是在南北战争期间，人们发现，对联邦永久存续的真正威胁在于州政府联合与集中本州以及毗邻州的所有力量以坚决对抗联邦政府的能力。

毫无疑问，这给强大有力联邦政府的主张增加了力量，并且大量增加了这种主张的信徒。

但是，无论这种情感如何普遍，也无论它在促成我们已讨论的修正案的通过中功劳多大，我们从这些修正案中看不出它有破坏联邦制度主要特征的目的。身陷战争带来的各种激情之中，我们的政治家仍然相信，为了使我们的形式复杂的政府运作和谐，对州内和地方政府享有权力（包括规制公民权，即人身和财产的权利）的州政府的存在至关重要，虽然他们认为对州加以额外限制，并对联邦在这方面的权力予以特别授权是适宜的。

但是，在我们国家存续的历史上，无论在这个问题上，民情的历史是怎样摇摆不定，我们都认为，尽管民情如流水，还是可以发现本院一直在用稳定、连贯一致的手段来平衡联邦权力和州权力，我们相信这种做法的继续会形成法院同那个问题关系的历史，只要它还负有实施宪法的义务以及这种义务要求它解释宪法或宪法的某部分的职责。

我们维持路易斯安那州最高法院的判决。

*　　　　*　　　　*

大法官菲尔德（Field）发表如下反对意见：

我不同意本院在屠宰场案件中的多数意见，而且我会接着说明我不同意他们判决的理由……

这里提出的问题……极为重要。不仅对双方当事人如此，对整个国家也是这样。它们的重要性不亚于这样的问题，即最近的联邦宪法修正案是否保护美国公民免受州立法机关剥夺他们的一般权利的问题。我的观点是，第十四修正案确实提供这种保护，而这也是起草该修正案的国会以及批准该修正案的州的意图所在……

第十四修正案的第一款规定谁是美国公民以及他们的公民身份是如何取得的。在该项法律制定之前，就是否存在独立于州公民身份的美国公民身份以及如果存在，这种美国公民身份的源起又是什么这一问题，在法官和政治家中，众说纷纭。不存在独立于州公民身份的联邦公民身份的观点被许多人认同……

第十四修正案改变了整个问题，把它引出歧见丛生、怀疑遍布的领域。它即使没有创设，也已用明确的语言承认了美国公民身份，并使得美国公民身份依赖于出生地或者他们被收养的事实，而不取决于任何州宪法和法律，也不取决于他们的祖先源自何方。而今，州公民指的只是居于该州的美国公民。原先他作为自由人和自由公民享有的基本权利、特权和豁免权，现在属于他作为美国公民应享有的权利，而美国公民的身份并不依赖于州公民身份的取得。"特权和豁免权"这一术语并非修正案的首创，在修正案通过之前，宪法中就已含有这一术语，宪法第四条第二项规定："每州公民均得享受各州公民享有之一切特权和豁免权。"而且，在司法判决中，它也常常是要考虑的问题，在 *Corfield v. Coryell* 案中，华盛顿法官说他"毫不犹豫地把这些特权和豁免权限定为如下基本的权利。这些权利为所有在自由政府治下的公民所享有，而且，从各州的公民获得自由、独立和主权之时起，就一直为组成联邦的各州之公民所享有。"

而且，在考虑那些基本的特权是什么时，他认为要列举出来困难不大，但乏味之极。但是，它们可以"通过下述条目而得以理解：受政府保护，取得和占有各种各样财产，追求和获得幸福与安全，以及受政府为了所有人的共同福利（general good）而施加的限制"。

在我看来，这是对上述条款的正确解释。指明的那些特权和豁免权为所有在自由政府治下的公民所享有。显而易见，在这些权利中，必然包括以合法方式从事合法职业的权利，他只受平等适用于所有人的法律的限制。在国会通过《民权法案》（Civil Rights Act）的辩论中多次提及华盛顿法官的这段话。特伦布（Trumbull）参议员对其加以引用并评论到，该判决列举了第十四修正案第一项确立的美国公民的权利。特伦布参议员还认为，所有在美国出生的人，由于该法案的颁布而成为美国公民，这就是该法案确立的最基本的权利，而且这种被确定的基本权利"属于每个自由人"。

所以，根据我们引述的华盛顿法官的判决，联邦宪法第四条第二项指明的特权和豁免权为所有在自由政府下的公民所享有。在任何一州，他州公民对该

条款下的特权和豁免权的享有与本州公民的享有，其内容和条件应当一样。任何一州都不能歧视他州公民对这些特权和豁免权的享有，也不能对他们课以重于本州公民的负担。该修正案条款保证不同州居民同处一州时，平等享有这些权利……

在美国，在对生活的合法追求中，这些平等权利不受各种毁谤、偏见的法律的侵损是美国公民最显著的特权。对他们来说，除了平等适用于那些和他年龄、性别和条件的限制以外，所有的行业、所有的专业、所有的职业对他们都是开放的。对所有职业而言，州有权制定法规以改善公共卫生，保障社会秩序和促进社会的普遍繁荣。但是，一旦制定了这样的法律，它应当允许每一位符合规定条件并愿意遵守法律的公民自由从事上述职业，这是我们的制度赖以存在的根本理念，而且除非我们的立法坚持该理念，否则所谓的共和政府只是徒具其名而已。我认为，联邦宪法第十四修正案使得各州立法是否尊重这种平等权利对于判断它们的有效性极为重要。我已经指出，路易斯安那州的法案与这种平等相距十万八千里，它彻底地抛弃了它，并对其肆意践踏。我对本院多数人认可了该法案的有效性深表遗憾，因为自由劳动的权利，一种最神圣和不可剥夺的权利被侵犯了。

经首席大法官、Swayne 大法官、Bradley 大法官认可，他们都赞同我的上述反对意见。

*　　　　*　　　　*

大法官布拉德利（Bradley）发表如下反对意见：

我同意菲尔德大法官读过的判词，但是为了更清楚地说明我对这些案件中判定的重要问题的观点以及这些观点赖以成立的特别理由，我愿意在此说出我的几点看法……

首先，依据法律确定的合理规制，美国公民选择他愿意从事的职业是他的一种特权和豁免权吗？

其次，在方圆一千二百平方英里的地区，立法机关授权某人而排除其他人运营为一个大城市提供肉类的屠宰场，这是垄断权和排他权吗？即使立法机关有权对这种职业进行合理规制。

第一个问题极其重要，它触及我们政府的基石。现在，第十四修正案本身已解决这个问题。即在我国，美国公民身份是基本身份，州公民身份是第二身份，是派生的，它依赖于美国公民身份和公民居住地。即使州曾经有权在州公民权方面对本州的任何阶层或个人加以限制，它们现在也已失去这种权力。一个美国公民有完整的宪法权利保障他前往并居住于另一州，而且他有权主张该州的公民身份，享有该州其他公民享有的同等权利，我国的所有国家权力都竭尽全力以维护他在那方面的权利。他没有必要为了享受其他公民也享有的特权和豁免权，而向任何优等者卑躬屈膝或乞求任何仁慈的行为。如果能够彻底根除无法无天的观念、群殴现象以及教派敌对的情形，以保证上述权利具有完全的实际效果，那么与现在相比，我们的国民就会更加幸福，我们的国家也就会更加繁荣昌盛。根据美国宪法，美国公民身份应当是而且确实是对在联邦内任

何一州公民的平等权利的授予。它是真实的和不容置疑的，即使这种权利受到立法机关正当立法的规制。如果一个人被拒绝给予受法律平等保护的权利，他就被剥夺了其作为美国公民因其公民身份带来一项重要权利。

因此，每个公民首先是美国公民，其次是他所居住州的公民，那么，美国公民的特权和豁免权又是什么呢？选择任何合法的职业的权利、自由和特权是美国公民的特权和豁免权中的一种吗？……

毫无疑问，规制本州公民的权力一直是一项宽泛和扩展性的权力，并且不受随意控制。但是，规制的权力不能侵损某些特定的基本权利。它可以规定权利的行使方式，但不能颠覆权利本身。我所说的权利指那些在任何自由政府下公民享有的权利。即使在目前，一州政府下的公民不能主张另一州政府下公民享有的权利，在北方各州联合以前，一州公民不能主张另一州公民享有的特权；而在这种联合以后，所谓的美国公民却不能在任何特定一州主张公民权利，但是，任何州公民和美国公民都因为他们是公民而被授予受他们各自政府范围内的特权——他们各自的政府应当尊重和保护这种特权和豁免权。无论通过明确还是暗含的限制性规定，都不能剥夺或损害该特权。它也许会通过武力而暂时这样做，但它并没有权利这样做。这些特权和豁免权既附属于州公民身份，又附属于联邦公民身份。

1774 年召开的第一届大陆会议就已宣布个人权利是这个国家人民不容置疑的固有权利　而且，《独立宣言》作为美国人在获得独立后的第一项政治性法案，以一种博大的理想，奠定我国存续的基石。它宣布："所有的人生来平等，造物主赋予他们以不可转让的权利，其中包括生命、自由和追求幸福的权利。"这里，再一次展现一个自由人所享有的权利的三个维度，它们作为人的权利而被强调。对生命、财产以及追求幸福的权利等同于拥有生命、自由和财产的权利。它们是一些基本的权利，非经法律正当程序不得剥夺，除为了所有人的共同利益而施加的必要恰当的法律限制外，不得干预或修正对这些权利的享有。而且，我认为，这些权利属于自由政府之下的所有公民。

为了维护、行使以及享有这些权利，公民个人应当能够自由地从事他认为可以实现该目的的行业、职业以及商贸活动。没有这种权利，他就不是一个自由人。选择个人职业的权利是政府保护的自由目标的重要组成部分；而一项职业一旦选定，它就成为公民的财产和权利。当这些权利遭受粗暴侵犯时，对自由和财产的保护就无从谈起。

为了找到对美国公民的特权和豁免权的权威宣告（an authoritative declaration），我们无须求助于默示，也无须求助于美国宪法史。因为它存在于宪法本身。的确，在宪法修正案提出前的宪法文本中，用条文具体规定的只是一些公民个人的特权和豁免权。但它在措辞上非常宽泛。除了禁止通过褫夺公权、溯及既往的法律以及损害契约义务的立法以及其他的与此相似的一两种立法外，州权力几乎不受限制。但是其他重要的权利都被列举以防联邦政府的侵犯，如申请人身保护令、受陪审团审判、宗教信仰自由、言论和出版自由的权利、和平集会讨论公众措施的权利，免受不合理搜查和逮捕的权利，以及最重要的、囊括所有剩余权利的，非经正当程序生命、自由、财产不被剥夺的权利。这些以及其他的联邦宪法最初文本以及早期宪法修正案具体列举的权利，作为美国公民的特权和豁免权的一部分或者说作为对这种观点的有力支持，它

们是所有人的权利，不管他是公民与否……

本案要解决的第二个问题是：在方圆一千二百平方英里的地区，立法机关授权某人而排除其他人运营为一个大城市提供肉类的屠宰场，这是垄断权和排他权吗？即使立法机关有权对这种职业进行合理规制。

运营屠宰场是屠户业务的一部分，它附属于屠户业务——屠户是人类生活中的一种普通职业。强迫某一城市或较大地区中某个屠户乃至所有屠户在他人的屠宰场里屠宰他们的牛群并要为此向后者付费，这种行为是对屠宰业务的限制，它本质上干涉了这项业务的经营。它是苛刻的、不合理的、粗暴的、不公正的。它不符合治安权力的性质。如果它的确是一种治安权力，毫无疑问，它也是立法机关的权力。该路易斯安那州立法的有关条款要求所有屠宰场设在新奥尔良市城区以外并要接受检查，这明显是一种治安权力。而有的条款则规定，只允许州选定的公司去建设、拥有和运营屠宰场，这就和治安权力风马牛不相及。在过去的几年中，许多粗暴的、不公正的法律导致南方各州灾难深重、困苦不堪，而路州的法律就属于这种法律。我以为，如果不这样看待它将是不可理喻的。……

我认为，如果一项法律禁止许多人从事一种合法职业或者禁止人们继续从事他们业已选择的职业，那么它实际上未经法律正当程序既剥夺了他们的财产，又剥夺了他们的自由。他们的选择权是他们自由的组成部分，他们的职业是他们的财产。路易斯安那州该法案还剥夺它的公民受法律同等保护的权利，这与第十四修正案第一项最后一部分相抵触。……

要补救的不只是奴隶制及其附带事件与后果，要补救的还有州对联邦政府的桀骜不驯、缺少忠心，在许多州里，这一直是一个长期困扰联邦政府的问题。要补救的还是对言论自由和讨论自由的不容忍，这常常导致人身和财产得不到保障，导致不公正的立法。第十四修正案就体现了彼时彼境下联邦政府的呼声，在其中美国公民身份是安全的护符，依据它每个美国公民都能自豪地站在美国的每一寸土地上，充分享有属于每个自由人的特权和豁免权，无须担心它们会遭受暴力或干涉。

最大的问题在于，什么是该修正案的正确解释？如果我们找到了它，我们也就找到了实施该修正案的方法。对于这些问题，所谓会带来不便的论点不应有决定性的影响。国家意志和国家利益高于一切。

我认为，应当撤销路易斯安那州最高法院的判决。

（汪庆华译　王笑红校）

2. 芒恩诉伊利诺斯州（*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 [1877]）

Munn v. Illinois 属于所谓的农民案件中的一个，它涉及州对铁路以及谷仓的规制。本案审查的是一部规定芝加哥地区谷物存储最高收费额的州法规。和 *Slaughter-House* 案件一样，公司

> 的律师们再次谴责此类立法，认为它们实际上未经法律正当程序就剥夺了公民的财产，而且未经授权就干预了州际贸易。以传统为导向的多数意见支持该伊利诺斯州法规，作为对受公众利益影响的商业的有效规制。菲尔德（Field）大法官仍然处于少数意见立场，再次提醒它的同事考虑正当程序的观点，并主张最高法院在推翻此类立法中应扮演司法能动主义的角色。

大法官怀特（Waite）宣布法院判决如下：

本案要决定的问题是：在美国联邦宪法对州立法权限制的范围内，伊利诺斯州议会是否有权对芝加哥以及其他一些地区的谷物储存规定最高收费标准。所谓其他地区，指的是居民不少于十万的地区。“在这些地方谷物成批囤积，不同所有人的谷物混杂在一起，或者谷物是以这样一种方式存放的，不同种类或包装的谷物的区分难以精确地保持下去。”

原告认为，这种法律与下述法律相矛盾：

1. 美国联邦宪法第一条第八款，授权国会“有权管理与对外、各州之间的贸易”。

2. 该条第九款规定“不得以任何商业或税收规则给予一州港口优于另一州港口的特惠”。

3. 第十四修正案禁止任何州“非经正当法律程序而剥夺任何人的生命、自由或财产，亦不得在其管辖范围内否定对任何人的平等保护”。

我们先考察最后一项……宪法没有对宪法第十四修正案所使用的“剥夺”这个词给出定义。因此，为了判定它的含义，有必要确定一下在相同或相似的上下文中使用该词的效果。

联邦宪法第十四修正案作为对州权力的限制出现在美国联邦宪法中是新近的事，但它作为文明政府的一项原则却是古老的。在大宪章（Magna Charta）中就能找到它的踪迹。合众国各州断断续续通过的大部分或者说所有的宪法即使没有在形式上采用、至少在实质上也包含有这一条款的内容。联邦宪法引进第五修正案的目的是作为对联邦权力的限制，引进第十四修正案的目的则是为保证公认的公民权利免遭州立法的侵害……

当个人成为社会成员时，他必然要让渡部分权利和特权。在作为不被与他人关系影响的个人时，他本可能保留住它们。“政治共同体”一如马萨诸塞州宪法序言中的恰当定义，“是一项社会契约，经由它，国家与每个公民订约，而每个公民与国家订约，所有的人都受为了共同利益而制定的法律的统治。”这并未授权国家去控制那些纯粹的排他性的私域……但它的确授权去制定法律，要求每个公民洁身自好，合理使用自己的财产以免不必要地损害他人。这是政制的核心……治安权的产生即源于它……依据这些权力，在为了共同利益规制成为必要时，政府就规制公民相互之间的行为，以及每个人使用自己财产的方式。在英国自远古以来，在我国从殖民地时期始，在这些权力的行使方面一直存在一种传统，即规制渡船、普通承运人、出租马车夫、面包师、磨坊主、码头管理人、酒店主等并且通过规制为他们提供的服务，享受的食宿和出售的物品确定最高收费标准。迄今为止，在许多州法规中，都能找到对上述某

些或所有问题的规制，而且我们认为，说这类立法闯入了宪法有关不得干涉私有财产的禁区的观点从未成功取胜……

由此可知，显而易见，直到通过第十四修正案时，州立法规制私有财产的使用乃至其使用的价格并不必然导致未经法律正当程序就剥夺了所有者的财产。在某些条件下可能会但并不是在所有情况下都必然产生这种结果。联邦宪法修正案在这点上并没有改变州法律，它的目的只是防止州制定会导致此类剥夺行为的立法。

这引发我们去探讨这种规制权力赖以存在的原则，以便于我们去判断处于这种权力的效力范围内的是什么，在其外的又是什么。于是我们把目光转向普通法（正是从普通法中产生了宪法保护的权利），我们发现当私有财产"受公共利益影响时，它就不只是私权的（*juris privati*）"。这是首席大法官黑尔爵士（Lord Chief Justice Hale）在两百多年以前所说的……而且，从那以后，作为财产法的一项重要内容被全盘接受。当财产的使用方式会引起公共后果或者它会影响社区中的大多数人时，财产就具有了公共利益的特征。因此，当一个人把他的财产投入一项公众享有利益的使用时，他实际上已授权公众对那种运用享有利益，他必须受公众为了共同利益对他的规制，其范围以他创设出来的公众利益为限。他可以通过放弃对财产的此类使用而撤回他的授权。但是，只要他继续对财产的此类使用，他就必须受到这种规制……但是，我们无须走得更远。上面的论说足以证明，当私有财产专用于公众使用时，它就要受到公众规制。我们只要确定原告的谷仓以及在那里开展的业务是否属于这一原则作用的范围……

在这个法律关系中，我们必须考虑，在1874年的芝加哥，有十四种用于这种目的的谷仓，为约三十人所有，九家商业机构控制它们，索取和收取的储存费用依"年复一年的芝加哥市不同的仓库业上之一致同意而确立，它的费用每年在该市的一家或几家报纸上予以刊登，时间是每年的一月份，作为下一年的固定价格"。因此，很明显这形成了对"西部七、八个大州"的大量产品运往"海滨的四、五个州"所需仓库设施的一种"真正"的垄断。

在这种情形下，当普通承运人、磨坊主、渡船工人、酒店主、码头管理员、面包师以及货车主、出租马车夫从事的都是公共职业，并执行某种公共职能时，为什么这些原告们却不是这样，这是难以理解的。他们站在"贸易的门口"（用他们律师的话来说），收取买路钱。他们的业务的确"倾向于普通收费并且变得具有公共利益和公共用途的性质"。……当然，如果有一项事务可以被冠以"公共利益的性质，因而不再只是私权的问题"，那么上述收费恰好符合这一点。说它符合不是因为伊利诺斯州的宪法或法律规定，而是因为事实如此……

出于我们的目的，我们必须假定，如果某种事实状态能够证明此类立法的合理性，那么，在我们审查的法规通过时，的确存在这种事实状态。因为我们要考察的是一种权力，而非权宜之计。如果不存在任何事实状态能够证明该法规的合理性，我们就宣布它无效，因为（它）超越了州立法权。但如果存在这种事实状态，我们就必须承认，它能够证明该立法的合理性。在立法范围内立法干扰的适当性问题上，立法机关是惟一的裁断者。

我们找不到一个与该伊利诺斯州法规非常相似的先例，这在任何时候都不

成其为问题。人们同意这是一门新兴商业，它发展迅猛，已经具有十分重要的地位。人们还会同意，这是一项包含所有人直接的积极的利益之商业。因此，这个案件提出了一个社会科学中众所周知的、根柢牢固的原则的适用问题。伊利诺斯州法案只是为了适应商业进步的新发展而扩展了法律。与其说它企图迫使谷仓主在他们的财产中授予公众以利益，不如说它的目的是宣布当他们以此种特定的方式使用财产时他们应承担的责任。

在本案中，即使原告在他们不满的伊利诺斯州法案制定之前就已经建立自己的仓库和开展自己的业务，也无济于事。从一开始，他们的行为就受制于政治共同体的权力要求，其行为必须与由适当的权威为了公共利益而采取的规制相一致。他们进入自己的职业并且以受制于此种境况的方式运营它，以之为自己的生存之道。如果他们不想使自己受制于此类干扰，他们就不应当在他们关心的利益上添加公共利益的色彩。适用于他们的规则也适用于出租马车夫。从来没有人说，如果在规制性法规或命令颁布以前，马车夫已经购买了马匹和马车并已开始运营，他就不受此类法规和命令的约束。

但是，人们强调财产所有人应当为其财产的使用而得到补偿，即使这种使用具有公共利益的性质，什么是合理补偿是一个司法而非立法的问题。

但实际的运作与此不同，我已经指出这点。在普通法国家，有史以来在此类情形中，由立法机关决定什么样的补偿是合理的，或者更精确地说，由它来确定一个最高的收费额度，任何高于这一收费标准的做法都是不合理的，这已成为一种传统。只是在公众没有任何利益的契约私域中，合理补偿问题才应当由司法机关确定。但是，之所以如此，是因为立法机关对此类契约没有控制权。因此，同样地，在影响公共利益，立法机关有控制权的问题上……法院必须判定合理补偿问题。主要的事实在于规制的权力是什么。如果存在那样的事实，那么它就暗含了作为一种控制方式的确立最高收费标准的权力。……

我们知道这种权力会被滥用，但该论据不足以否认它的存在。因为要避免权力机关滥用权力，人民应当求助于投票表决而非法院判决。……

我们现在考察一下国会管理贸易的权力对该法案的影响。……

复审原告的仓库坐落在伊利诺斯州而且他们的业务开展也完全在该州内。作为一种存储方式，从事州内贸易和从事州际贸易的商人都使用它们。与那些用以把粮食从一个火车站运往另一个火车站的大货车、马车一样，仓库本身并不必然成为贸易的一部分。它们偶尔地会涉及州际贸易，但并不必然如此，对它们的规制是州内事务，而且毫无疑问，除非国会在涉及州际关系方面进行立法，州都能够对它们行使州政府的所有权力，即使它在这样做时可能会间接影响在它的直接司法管辖权之外的贸易问题。……

（菲尔德（Field）大法官和斯特朗（Strong）大法官不同意多数意见。）

（汪庆华译　王笑红校）

3. 沃巴石、圣路易斯与太平洋铁路公司 *v* 伊利诺斯州（*Wabash, ST. Louis & Pacific Ry Co. v. Illinois*, 118 U.S. 557 [1886]）

在 *Peik v. Chicago & Northwestern Ry Co.*（94 U.S. 164 [1877]）一案中（属于农民系列案件之一），怀特（Waite）首席大法官认为，在没有国会立法时，州有权继续规制铁路运输，即使它们的行为带有影响州际贸易的特征。但是，在此后十年里，州法律规制多如凝脂，明显成为发展高效赢利的国家铁路系统的绊脚石。在下面的案件中，最高法院改变了它早期的立场。受审查的是一项伊利诺斯州的法规，它禁止长途、短途运输收费上的差别对待，极大影响州际运输收费。

大法官米勒（Miller）宣布法院判决如下：

在（农民）案件中，本院要解决的问题是，州是否有权规定铁路收费以及宪法中的商业条款对这种州权力有多大影响。必须承认，总的来说，法院先前把它面临的这类案件看成一如领港、在可航水道上建桥等方面的商业规制问题，当国会没有在这类事务上立法时，州有权制定法规。

只要稍稍关心一下这个问题，我们就知道，获得修建用于公共交通的架设于州内可航水道上的桥梁的授权所需条件以及规范美国海岸线上各口岸行为的地方规则所依据的原则，与那些规制横跨大半个美国，经由六个州的土地，并且不换车、不分载的客货运输的原则相比，在其适用和重要性方面要有限得多……

州是否有权规制或限制在该州内从事商业贸易的公司的运费，这是我们要解决的重要问题，也是过去在这些案件中争论不休以及已经判决的问题。

这一问题的重要性超出所有其他问题，最高法院选择 *Munn v. Illinois* 案作为典型案件，以给出自己对这个问题的意见。因为该案提出了这样一个问题，一个私人或非公司合伙在芝加哥从事仓储业务，不受制于依据任何州公司立法而派生的权利主张或契约要求，也不受经由各州的连续运输这一问题的影响。在那个案件中，本院就需要对下述问题作出判决，即是否无论何人从事公共商务（指公众对他的服务享有权利要求），那些履行公共职能和职责的立法都要对他进行管理，从而规定这些服务的收费额。

除了反驳州立法机关享有规制运输收费的一般权力外，铁路公司提出另一项抗辩，即依据州发给的特权状，它们各自都与州有一项契约，或明或暗地表明它们可以规定和确认自己的运输收费额度和标准。这两个问题十分重要，而且，的确一如任何立法权力机关，国会有排他性的权力进行立法规定收费标准，该权力也排除了州在这方面的立法权，这一问题已被提出，但本院在解决该案时，这一问题并未受到重视，本院在阐述我们已引用的判决的观点时把它给忽视了。……

在现代，对联邦宪法商业条款意图保护的、免受各州可能施加限制的商业自由来说，从大陆一侧到另一侧的畅通无阻的运输权是至关重要的。联邦宪法商业条款授权国会规制州际贸易以及对外贸易，正如本院曾经指出的那样，这一条

款为促成联邦宪法的确立作出了最重要的贡献，这一点怎么强调都不过分……但是，如果在我国，在商品和运输的每个阶段，各州对于必须经过该州的运输在价格、赔偿、税收方面予以规制或者施加严重损害这种商业的限制，那么，联邦宪法商业条款就会是软弱无力、甚至于毫无用处的。它几乎无法保障州际贸易的完全自由，而宪法制定者认为，这种自由对形成一个更为完美的联盟十分重要。

在 *Gibbens v. Ogden* 案中，马歇尔（Marshall）首席大法官对这个问题作出了最好的阐述……在该案中，他主张，一如对外贸易，各州之间的贸易也必然是跨越州界的贸易，它延伸到各州，而哪里存在贸易，哪里就存在国会管理贸易的权力。当提到作为贸易的要素的航运（作为一种运输方式，现在大部分已被铁路取代）时，他说："因此，国会的权力包括规制处于各州内的航运的权力，只要这种航运和'对外贸易、州际贸易、与印第安部落的贸易'有任何形式的联系，它的结果是跨越了纽约州的管辖界限并对哈德孙河的管理产生影响，而正受司法审查的法规就是适用于哈德孙河水域的……"所以，这样的权力同样也会跨越伊利诺斯州的界限并对伊利诺斯州规制涉及多州的运输权产生影响，包括那一个……

因此，我们应当明白，本院的此种观点——州立法企图规制构成州际运输业务的在本州路段铁路公司的收费标准，是有效的——现在不是，而且从来不是本院深思熟虑的多数意见。

让我们仔细考察一下，根据伊利诺斯州该法案的规定，它对州之间的旅客和货物运输的干涉程度。假如一位纽约人有一批货物，他希望通过铁路公司把它们从纽约市运往伊利诺斯州的内地。一条铁路线连接着收货地和发货地。运输货物的列车能够在该铁路线上行驶，而且货物确实常常经由该铁路运输。他准备和一家铁路公司订立一个合同，该公司在铁路的始发站（即纽约人的货物所在地）从事运输业务，该承运人告诉他说：

"到达伊利诺斯州以前，我能够自由地订立有关这项运输业务的公平合理的契约，但是当运载这批货物的列车驶入伊利诺斯州，在火车沿着铁路线前进的同时，我要受制于一项伊利诺斯州法案，它禁止我在该州内自由订立有关运输的契约并迫使我受特定规则的限制。依据这些规则，我要受该州一家铁路公司将要或已经为其他公司或者从其他地方出发的运输制定的收费标准的控制。"

因此，即使承运人愿意以每百磅 15 美分的价格把这些货物从纽约运到皮若亚（Peoria）时，但他不能真的这样做，因为伊利诺斯州铁路公司已经规定从该州吉尔曼（Gilman）到皮若亚的收费标准是每百磅 25 美分，吉尔曼离皮若亚近 86 英里。

所以，同样地在本案中，谷物（谷物是我国主要的粮食产品）货主希望把谷物从伊利诺斯州的皮若亚运到纽约，找到了一家铁路公司愿意提供一列货车以每百磅 15 美分的价格做这笔买卖，但货主却不得不以每百磅 25 美分的价格付款，因为该铁路公司对住在吉尔曼的货主提供从吉尔曼到纽约这一铁路线上一整车同类货物运输业务的收费标准是每百磅 25 美分。这就是伊利诺斯州法案努力防止不公正歧视——这是该州最高法院的解释——的结果。在它的影响下，无论铁路公司对从吉尔曼到谢尔顿（Sheldon）的收费是多少，从吉尔曼到纽约应当保持同一收费，却不考虑吉尔曼到谢尔顿这 23 英里的路段，铁路公司支出最大的费用是装上和卸下货物。

当伊利诺斯州法案适用于经由该州的跨越若干州的长途运输时，该法案就会强迫各铁路公司在从事州际贸易时遵从它，否则会受到严厉的惩罚。此类法律明显的不公正表明了联邦宪法商业条款的价值。它授权国会规制州际贸易，国会能够通盘考虑所有州的利益以及相关铁路公司的利益，因而更适合于制定公正和公平的法律。

伊利诺斯州法案的根本原则的正义性和适当性不在本院要考察的范围之内……但是，当它企图把此类原则适用于一系列州时，当每个州都企图确定自己的运输收费标准，采取自己的措施去防止或者允许歧视时，它们对州际贸易以及州际货物运输的不良影响怎么估计都不过分。如果要制定此类规则，那它也必须具有一般性和全国性的特点，把它推卸给地方法规和地方规章（local rules and local regulations）是不安全，也是不明智的。我想从我们的论述中能够清楚地了解这点。如果伊利诺斯州法案是一商业规范，我们已经证明这一观点，而且各州最高法院也承认这种观点，那它就必须具有全国性，这样的法律只有在规定的是一般规则和原则时，它的存在才是合适的。这就表明只有美国国会依据联邦宪法商业条款才能做到这点……

（汪庆华译 王笑红校）

4. 芝加哥、米尔温与圣保罗铁路公司诉明尼苏达州（*Chicago, Milw. & St. Paul Ry. Co. v. Minnesota*, 134 U.S. 418 [1890]）

1886年，当首席大法官怀特（Waite）承认“限制或管理的权力本身不是无限制的”时，他反思了最高法院从 *Munn v. Illinois* 一案以来的变化。他尤其警告说不考虑公司利润的过度管理“等同于不给予恰当的补偿，或未经正当程序而为公共用途之故剥夺了私有财产”。（*Stone v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 116 U.S. 307.）。四年以后，在审理本案时，1877年最高法院的成员只有三位尚健在。菲尔德（Field）大法官对于正当程序和司法审查所长期坚持的观点在本案中取得了完全的胜利。本案争议的问题是一部这样的州法：它设立了铁路委员会以确定价格，而没有规定给予运输者以必要的通知与听证。对 Munn 一案的意见与怀特（Waite）大法官的十分接近的布拉德利（Bradley）大法官，在此案中强烈地反对多数法官对权力的大胆预设。

大法官布拉奇福德（Blatchford）宣布法院判决如下：

为了本案的目的，本院必须接受明尼苏达州最高法院对该法所作的法律解释，并把这一解释视为是结论性的，而无须在此就其恰当性和准确性再作检

验。州最高法院权威性地宣布明尼苏达州立法机关在这一法案中的明示意图是：就什么是公平、合理的收费而言，只要委员会按照法案中指明的方式运作，由其提出并公布的价格就不仅仅是建议性的，或表面公平、合理的，而是最终的、确定的；本法不考虑也不允许就定价事实上的公平性、合理性作问询或调查；根据本法，委员会公布的价格是惟一合法的，因此该定价是惟一公平、合理的；在依据本法寻求令状的诉讼中，惟一需要考虑的事实是是否因没有遵守委员会的提议而违反了法律。换言之，尽管不允许铁路公司确立不公平合理的价格，但如果委员会确立的价格不公平、不合理的，法院也无权干涉。

这就是在考虑本案时约束我们的法律解释，我们认为，如果这样解释，该法显然与美国宪法冲突，铁路公司的抱怨也正在于此。它剥夺了公司享有的司法调查的权利，即：遵循正当法律程序，按照长期积累的智慧所提供的形式和机制，对争议问题的真实性作出司法调查——并从而认同铁路委员会行为的绝对的终局性。但从州法院认可其拥有的权力来看，铁路委员会不能视作拥有了司法职能，或拥有了法院的机制……

该法第二个受质疑的条款是，它规定运输者对运输的旅客或财产收取的运费应是公平合理的。根据这一条款，运输者有权对此种运输收取公平合理的运费。在本案中，反驳者宣称委员会的定价不是公平合理的，州最高法院认为该法剥夺了公司正当的说明权。铁路公司收取运费的合理性问题，确实涉及了公司和公众两方的合理性因素，显然是需要司法调查的，并需要根据正当法律程序来最终确定。如果公司对使用其财产收取合理费用的权利被剥夺了，并且是在没有依据任何司法机制下的调查时作出的，就等于剥夺了公司合法地使用其财产的权利，因此也实际上剥夺了公司的财产，这样的行为没有遵守正当法律程序，也违反了美国宪法。就这种剥夺而言，一方面允许其他人从其投资中取得合理的利益，一方面却剥夺了公司受法律平等保护的权利……

* * *

布拉德利（Bradley）大法官发表了异议，同时也代表了格雷（Grey）大法官与拉马尔（Lamar）大法官的意见：

我不能同意本院对这一案件作出的判决。它实际上超越了 *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 一案及同时判决的几个铁路案件中确定的规则。这些案件确立的管理原则是，对铁路和其他公共运输工具的车票的管理及定价是立法权力，而非司法权力。我认为这是一个非常重要的原则……

法院与政府立法机关的争论总是件复杂的事情，如果有可能，就应尽量避免争论。根据我们现在宣布的判决，实际上是司法机关、而非立法机关作为最终的裁判者，在管理铁路运输和费用，以及其他公共运输工具的收费。这是基于司法权力的立场所作的权力预设，尽管我心怀对同事们作为判决的应有尊重，但在我看来，司法机关是无权这样做的……

委员会的决定因其是最终而不能上诉的而遭到抱怨。法院就司法管辖权内的事项做出判决也如此。世界上所有问题的决定都需要有一个最终的裁决机构。所有的裁决机构都可能会存在不公正。所有的人的机构都是不完美的——

法院、委员会、立法机关概莫能外。无论是拥有何种管辖权的裁决机构，除非对判决提起上诉，它所作出的判决是终局、确定的。重要的问题始终在于，对于特定的案件，哪一个裁决机构是合法的？根据我的判断，就本案来说，合适的裁决机构是立法机关，或是为此目的创立的委员会……

（孙哔译　王笑红校）

5. 史密斯诉艾密斯（*Smyth v. Ames*, 169 U.S. 466 [1898]）

本案使司法权力进一步扩展至干涉铁路和公共事业的费率，并且实际上确立了最高法院作为"高级委员会"的地位。本案中最高法院关心的不仅仅是定价的"合理性"，而且包括确定的费率是否使相关财产在"公平的估价之上获得公平回报"（fair return on a fair valuation）。这后来使最高法院陷入解决什么是一个公平的估价的复杂理论之中。这种价值是指原始的成本抑或是重置财产所需成本？这条由最高法院在本案中确立的所谓标准含糊不清，使得法院须不断逐案介入定价问题，从而使政府管制具有很高的不确定性。

大法官哈兰（Harlan）宣布法院判决如下：

现在我们考察内布拉斯加州的制定法是否违反合众国宪法。

宪法第十四条修正案规定，任何州非经正当法律程序不得剥夺任何人的财产，亦不得在其管辖范围之内拒绝给予任何人平等的法律保护。公司属于此修正案所要保护的人这一问题现已解决。……什么样的行为是非经正当法律程序的剥夺财产行为，或者什么样的行为是拒绝给予平等法律保护的行为，往往难以判断，尤其当问题涉及一家准公众公司的财产，以及该财产在何种程度上受到公共控制。但是本院首席大法官怀特已宣布，除非受到有效契约的限制，或者除非州的行为构成管制对外贸易或州际贸易，一州有权在其管辖范围内规定铁路公司的客货运输价格，但这种权力也并非没有限制。"州政府不得以管制运费和运输为借口，要求一家铁路公司无偿运输旅客和货物，也不得实施在法律上相当于未有公平补偿或未经正当法律程序剥夺私人财产、用作公共用途的行为。"……

下列原则必须视为已经确立：

（1）一家铁路公司属于宪法第十四条修正案所说的人，该修正案规定任何州非经正当法律程序不得剥夺任何人的财产，亦不得在其管辖范围之内拒绝给予任何人平等的法律保护。

（2）一项为铁路客货运输规定费率的州立法，或者在州立法授权之下制定的法令，如果不允许运输商获取在任何情况下对他自身及对公众皆为合理的补

偿，那么这项立法或法令就是未经正当法律程序而剥夺了这些运输商的财产，并且拒绝给予他平等的法律保护，因此就是违反了合众国宪法第十四条修正案。

（3）尽管一州疆域内的客货运输价格主要是由州立法机关决定的，这些价格是否不合理的低廉，以致未经宪法所确保的补偿，也就是未经正当法律程序而剥夺了运输商的财产，不能由州立法机关或在其授权下制定的法令来进行最终决定，致使该问题不能接受司法的审查。

我们面前的这些案件就直接提出了上述最后那个重要问题。……

当我们试图确定一家铁路公司有权获取的补偿，以及对获取补偿的一种禁令（这种禁令完全可能被视为是通过立法机关的法令而实施的一种未经正当法律程序的对财产的剥夺）时，哪些因素是我们必须加以重视的？这个问题如果交给一个委员会来解决会显得更为容易，这个委员会的组成人员具有专门的技能、观察力和经验，可以称职地解决运输方面的重大问题，既能对公众，也能对那些为民众的便利和利益而投资建设并维持铁路的出资者，作出公正的决定。但是，尽管正确解决这些问题困难重重，法院仍必须作出判断，是否像原告所声称的那样，内布拉斯加州的这项法律侵犯了或损害了我国最高法律所保障的权利。……

原告主张铁路公司有权要求这样的运输收费，这种收费可以使公司有能力在所有时候不仅支付营运费用，而且支付其所有未偿债务渐增的利息，并且使其所有股份获得正当的股息，而禁止该公司保持对所有上述目的来说是适当的运输费率或价格将构成未经正当法律程序而剥夺其财产，并拒绝给予其平等的法律保护。这一主张是（法庭中）详细讨论的主题，由于它对每一案件都非常重要，我们不应对它不加考察。

我们认为，律师提出的宽泛主张对公众和铁路公司间关系有些误解。此主张缺乏坚实根据，原因在于：它事实上排除考虑所使用财产的公平价值，完全不考虑公众免受不合理要求的权利，并使营运公共铁路的公司的利益成为惟一的标准，用来判断由公司规定的或政府为公司规定的价格是否对于公司与公众而言都公正合理。……

Covington & Lexington Turnpike Road Co. v. Sandford, 164 U.S. 578, 596—7一案的判决与我们讨论的这个问题有关。该判决认为："不能认为一家公司有权利不顾公众利益而实现其股本的固定比例的股息。当产生涉及立法机关规定一家控制公共铁路的公司的收费价格是否逾越其宪法权力的问题，我们应当考虑的不仅仅是股东的权利或利益。公众的权利不应被忽视。本案中有人主张既定价格对公司和其股东是不合理不公平的。但那还涉及对公众而言什么是合理与公平的问题。……公众不能仅仅为了使股东可以赚取股息而接受不合理的价格。在未受契约限权的任何情况下，立法机关都有权坚持以下立场：公众不应被要求为使用在立法机关授权下建成和营运的铁路而支付不合理费用。如果一家公司无法营运这样的铁路并为股东赚取利润，那么对该公司及其股东来说确是不幸，但宪法并不要求通过对公众施加不公平负担的途径来救济此种不幸。……

我们认为……对一家在立法许可下营运铁路的公司，所有计算其收费价格是否合理的基础，必须是其正在为公众便利而使用的资产的公平价值。为确定此价值，建设时的原始成本、持续改良措施的费用、公司债券和股票的数量与

市场价格，与建设时原始成本相比较而言的重置成本、在法定的特定收费价格下的资产可能的赢利能力以及营运所需金额，都在须考虑的范围之列，且都应在各个案件中给予公平正当的重视。我们并不是说估量这种财产价值时不再有其他须关注的因素。公司有权要求的是其为公共便利而使用的财产价值的公平盈利。另一方面，公众有权要求不被收取在使用公众铁路中，超出铁路提供的服务之合理价值的费用。……

（刘晓春译）

（二）联邦运输管制

6. 州际贸易委员会诉西厅新奥尔良与得克萨斯太平洋铁路公司（*Interstate Commerce Commission v. Cinti., New Orleans & Tex. Pac. Ry. Co.*, 167 U.S. 479 [1897]）

Wabash 一案的判决加速了对全国铁路网络的联邦管制的推进，第二年，国会通过了州际贸易法案（Interstate Commerce Act）。该法的内容包括要求铁路定价为“合理的”与“公平的”，并且成立一个五人委员会来实施整部法律。该委员会未被授权制定价格，但是委员会成员们很快认为通过默示自己有权对不合理的价格发布终止令。但是法案中并无条文默示授权州际贸易委员会（ICC）有任何权力制定新的价目表来取代被停止实行的价格。在下述案件中，最高法院明确否定了该委员会具有任何此类“立法”意义上的功能。

大法官布鲁尔（Brewer）宣布法院判决如下：

州际贸易法案通过以前，铁路管理和铁路运输被普遍认为存在着重大的权利滥用。而国会必须予以考虑的严重问题是如何矫治那些权利的滥用，及应当对这些公司的业务采取何种控制。眼下须考察的问题仅限于国会对有关价格问题所作出的决定。对国会来说有三种明显互异的途径可供考虑。国会可以自己规定价格，或者它可以将此责任赋予某个下属机构，再或者它可以将制定价格的权利保留给公司，但须受到管制和限制，同时还须遵守那条与一般运输商的历史一样久远的规则，即价格必须合理。法案中并无制定价格的条文，国会并未试图使用那种权力，如果我们考察当时立法的和国家的历史，很明显当时并没有行使定价权的真实意图。

辩论的焦点是国会是否赋予州际贸易委员会权力和职责去制定价格，而这一事实本身，即这是一个可争论的问题并已经过极其艰辛而郑重的争论，就已

雄辩地证明国会并未这么做。这样的一个权力的授权决不能是默示的。这种权力本身如此庞大与全面，能如此深刻地影响到运输商和货主的权利，并间接影响所有商业贸易活动，授予这种权力的措辞如此常用，对立法者来说如此熟悉并能够采用相当明确肯定的表述，因此没有一种法律解释的原则可以容忍仅仅用默示来授予这样一种权力。……

考察收取的价格费率是否合理是一回事——这是一个司法性行为，但是制定日后应收取的价格完全是另一回事——这是一个立法性行为。（摘自 *Chicago, Milwaukee & c. Railway v. Minnesota* 一案判决）……

在本案中，我们将发现州际贸易委员会自认为有权制定日后应实行的价格，他们向法庭请求发布执行令以迫使公司遵守他们的决定，即要遵守他们关于日后实行的最高限价的立法性决定。然而，州际贸易法案中无处可寻与这个（定价）法令涉及的内容相同的条款，即授予委员会权力“提升或降低任一价格”，“确定收费的价格”，“制定合理的公平的货物、旅客运输价目表”，“制定收费的合理最高限价的价目表”，“制定最高收费表”，迫使运输商“采用委员会成员们认为应当被宣告为公平的和合理的价格、收费或分类价位”。因此，这种权力并未被明示授予。……国会并无意图授权委员会制定价目表和决定将来什么样的价格是合理的和公平的。所授予的是执行与实施的权力，而不是立法的权力。所授予的权力部分是司法性的，部分是行政性的，但不是立法性的。……

因此，我们已经提出了以下几点考虑：首先，为一个普通运输商的运输制定价目表的权力是一种立法权而不是行政或司法权，并且考虑到对铁路的巨额投资、介身其中的众多公司、数以千计的铁路里程、以百万计的货运吨位，以及伴随运输而生的多变的情况，这种权力具有最高的精确性和重要性。其次，确认国会授予任一行政机构这种权力的事实，不会通过推定或由任何存疑的不确定的措辞默示得出。能够用来有效地进行这样一种授权的语词易于理解并已被多次使用，如果国会有此意图想授予州际贸易委员会这样一种权力，它无疑会使用不会引起任何误解的清楚明白、直截了当的语句。第三，在一个法案中，同时要求运输商承担合理、公平地收取一切费用的普通法上之义务，和指定委员会承担执行和实施法案条款的普通法上之责任，这并没有用默示方式包含或授予了委员会成员执行立法职能的权力去制定将来实行的价格。第四，除了从法令中缺乏对委员会授予定价权的明文规定这一事实可以无可辩驳地得出的结论以外，还有第六条中的明文规定，确认了运输商有权制定、提升、降低价格，还规定了升价、降价的程序，要求只有在经过下列程序后可以升降价格：首先，发布公告，其次，向委员会提交价目表。授予委员会的权力是规定表格的格式与指定统一价格的公告地点与方式，这就限定了委员会职权的范围与界限，强化了我们的结论，即为将来规定价格、制定价目表的权力不在授予委员会的权力之列。

这些考虑使我们确信，在州际贸易法案下委员会无权制定应在将来实行的价目表，因此，该委员会就不能从法院获得一项执行令以实施任何由它制定的价目表。……

（刘晓春译）

7. 州际贸易委员会诉伊利诺斯中央铁路公司（*Interstate Commerce Commission v. Illinois Central Railroad Co.*, 215 U.S. 452 [1910]）

1897年，最高法院坚持认为法院可以撤销州际贸易委员会的事实认定或者可以认定新的事实，攻击了州际贸易委员会的认定事实的职能。（*Interstate Commerce Commission v. Alabama Midland Ry. Co.*, 168 U.S. 144）。但是在接下来的十年中，比如 Hepburn Act 和 Mann-Elkins Act 的新立法，更新了委员会的职能与权力，缩小了司法审查的范围。1907年，最高法院推翻了以前的判决，宣布将接受委员会认定的事实为终局性的。（*Illinois Central Railroad Co. v. Interstate Commerce Commission*, 206 U.S. 441）。三年后，在下述案件中，最高法院表示了接受委员会的制定政策职能的新意愿。

大法官怀特（Waite）宣布法院判决如下：

在决定委员会的一个命令是否应该被中止执行或撤销时，我们必须考虑，a，所有有关宪法性权力或权利的问题；b，所有与该行政命令是否在受托权限之内的问题，根据该等权限而作出该行政命令；以及c，虽然这一点在本质上可能已包含在前一点中，我们仍独立举出它，即下述说法是否成立：尽管在形式上此命令是属于授权范围，但是，如果被质疑的这种权力的行使通过一种不合理的方式体现出来，以至于实际上需要遵守这样一条基本的规则——是内容而不是形式决定权力行使的正当性，那么这种情况下这个命令就必须被视为不属于授权范围。……非常明显，上述权力在本质上属于司法权，因此不可被削减，我们也不得在任一正确审理的案件中放弃对它的行使，同样明显的是，如果我们披着行使司法权的伪装而去僭取单纯的行政职权，根据我们对一项行政权力是否被明智地行使的判断而撤销一项合法的行政命令，那么那种永久性的司法权完全无助于支持我们的这项主张。

下达这个命令的权力是问题所在，而不是单纯的下达此命令时使用的权宜之术或者才智学识。……

我们认为要解决判决的关键问题，最好是马上来考虑一下铁路公司的论点，他们试图证明委员会无权发布那部分下级法院予以支持的命令。他们在表述关于这个问题的论点时使用了许多不同形式的论证方式，它们即使不说在某些方面自相矛盾的话，无论如何也可以说是令人费解的，因为从逻辑上考虑，我们认为他们在本质上混淆了权力和行使权力的方式，好像它们是一体的，是同一回事。……

"首先，规定管制贸易的法案并未授予委员会权力，在车厢短缺期间管制公司燃料车厢的分配，以作为委员会禁止不公平优惠或不正当歧视行为的一种方式。"

这项主张的推理是这样的，由于上述情况下的煤炭运输不是贸易，所以就不属于国会的法案对委员会的授权范围，因为所有此类法案与贸易管制有关，

不能涵盖非贸易活动。在讨论这种主张时需要注意的是，如果它的理由是充分的，那么它不仅对委员会的权力形成挑战，而且更为深人的，它实际上否定了国会在本问题上对委员会进行授权的权力。……

当我们考察了这项主张必须据以建立的错误假定后，它的谬误之处也就很容易被证明了。那个假定就是，宪法意义上的贸易仅仅包括技术意义上的装运，因而不扩展至州际贸易中使用的运载工具，依次类推，也就不涉及此类贸易得以进行的手段，这条原则的荒谬性自从 *Gibbons v. Ogden* 一案判决以来就已被明确指出……就已不再成为一个问题。一家铁路公司的包括煤炭车厢在内的用于州际贸易的设备是此类贸易的工具，这应该是没有疑问的。由此必然得出结论，这些车厢是包括在政府的管制权范围之内的，这种管制权在车厢短缺期间强制实现一种公正、平等的分配状况，防止不公正、歧视的情况出现。

所以，从事州际贸易的公司由于其经营州际贸易而要受制于根据管制贸易法案所实施的措施、同时，为此类贸易所采取的手段也同样受到这种限制。由此，我们需要考虑铁路公司的另外一项主张，即，

"第二，即使认为管制贸易的法案已将权力授予委员会，那个其持续效力已为下级法院所支持的指令也是超越了法案的授权范围。"

鉴于委员会提供的那些事实在车厢短缺期由于未能统计公司燃料车厢的日常分配而导致特惠和歧视待遇，再进一步，鉴于委员会在本案的答辩中指明的更为深远的特惠和歧视待遇——这些事实认定必须被采信，因为这些理由在诉状和答辩中被提交——所以下列结论就无可争辩了：该命令所处理的事项属于管制贸易法案第 3 节中那些禁止特惠和歧视行为的总括条款的范围。……

以上（由铁路公司）举出的理由，以及其他具有类似特征的但我们认为不是关键而无需专门涉及的理由，仅仅攻击了国会向委员会授权不够明智，而所授予的那种权力已经植入委员会的机构之内，来认定那些抗议行为是对法案的违反，并纠正那些被认定为违法的行为，或者，这些理由攻击了委员会对其拥有的行政职权的行使，认为那是粗鲁的和不合时宜的。在这样一些假设之上，他们诉诸于未能保证其合法性的司法权力的干预，意图去矫正那些假定的不公正行为。……

（刘晓春译）

（三）垄断问题

8. 美利坚合众国诉 E·G·耐特公司案（*United States v. E. G. Knight Co.* 156 U.S. 1 [1895]）

1890 年，国会通过《谢尔曼反托拉斯法》（Sherman Anti-Trust Act）。该法规定："任何契约、以托拉斯或其他形式作出的

> 联合或共谋，如旨在限制州际间或对外贸易或商业，均属非法。”这项法律在表面上看规定得过于简单。不久，最高法院判定，国会在此处并非指“任何”联合均为非法，最高法院取得的最具深远意义的成果是在 *Knight* 案中形成的法律原则，其内容是：生产对贸易只有偶然的影响，因而联邦政府不能对其加以管理。直到 1937 年，最高法院关于生产和贸易的区分尽管有时很模糊或者被忽视，但仍然是矗立在联邦政府对国民经济进行管理中的一个重要障碍。在 *Knight* 案中，政府对美国炼糖公司提起诉讼，后者控制了美国炼糖业的 94%，这一点是不容置疑的。

大法官富勒（Fuller）发表法院判决如下：

根本问题在于：是否承认已有证据证明在制造业中存在垄断，以及国会在这部法案中所试图采用的方式是否能直接控制垄断。

不可否认的是：州拥有保护公民生命、健康和财产及维护良好社会秩序和公共道德的权力，即“在其辖区内管理人和物的权力”，这种权力最初并且总是属于州，各州既不能把它让与联邦政府，它也不直接受《美利坚合众国宪法》的约束，并且通常是州的专有权力。因此，将每个州的公民从因垄断而带来的负担和因限制在各州公民之间的贸易而导致的不幸中解脱出来，就成为各州应着手解决的问题。最高法院已经认识到各州所拥有的权力之大，甚至当一个私人所经营的企业或商业成为一件事关公共利益的事情，并且重要到成为公众的普遍负担时，或者说，当它已构成实际的垄断、使得公众被迫依靠它并且它用这种方式从公众处勒索钱财时，州也有权对之加以约束，这种权力从属于州的法定权力。另一方面，国会管理州际贸易的权力也是一项专有权力。尽管《宪法》并没有规定州际贸易是自由的，但宪法将对其管理的权力授予了国会，除了国会可能会基于这项专用权对其施加限制外，它是自由的。因此，国会怠于行使这项专有权力，不管怎么说，都表达了它这样的意志：州际贸易应当从各州的限制和强制之下解脱出来。如果某州因行使其公认的权力而通过了一项与此意志相矛盾的法律时，国会和该州不能拥有至高无上的平等对抗权，因为《宪法》宣布了自己的至高无上，国会或州通过的法律应服从于它，并且，不具有最高法律效力的法律应当服从具有最高法律效力的法律。“商业毫无疑问是交易”，大法官马歇尔说，“但不仅如此：它还是相互交往。它描述的是国家之间、国家各部分之间、所有商业部门的商业往来。为此需要，国家制定规则，进行管理。”属于商业的事务在联邦的管辖范围之内，不属于商业的事务则在州的治安权的管辖范围之内……

根据这样的论证，控制炼糖业生产的权力是对生活必需品的垄断，对于大部分美国人的享乐来说，州际贸易是必不可缺的。因此，联邦政府在行使商业管理权时，可以直接控制这种垄断而不管构成垄断的手段如何。然而，这种观点不应把所控制的垄断范围仅仅局限于生活必需品，而应包括所有日常消费品。毫无疑问，控制特定商品制造业的权力在某种意义上涉及对控制本身进行控制的问题，但这只是次要的而非主要的问题。因为，尽管行使这项权力会使商业处于被管理之中（使商业的操作运转起来），但并不是控制商业，而只是

偶尔地、间接地对它产生影响。商业是紧跟于制造业之后的一个独立环节，而不是制造业的一部分。商业管理权是一项独立于控制垄断权之外的、制定商业管理规则的权利，但是，当某垄断应受到商业规则的约束时，或者当贸易本身构成商业垄断时，它也可以用来控制垄断。

商业管理权和治安权互不隶属，相互区别．尽管有时这种区别不易区分，但认识并遵守这一点是很重要的。因为，当一种权力构建成国家最强大的屏障时，另一种权力就有必要维护我们的双重管理体制而决定的州自治权。在控制公认的弊病的努力中，不管弊病看上去多么严重，来得多么急迫，与其通过使用权宜之计去压制它们而导致更严重的结局，不如先让它产生出来，因为那些权宜之计甚至在是否合宪的的问题上还模糊不清……

那些有关控制国内制造业、工业、采矿业及其他各种生产行业或者抬高或降低价格或工资的契约、联合或共谋，毫无疑问，可能是趋向于限制国内外贸易。但是，无论这种控制限制多么不可避免，其范围多么广泛，它只是一种间接结果，这种结果并不必然决定契约、联合或共谋的目标。

此外，权威们一致认为，为了使一个契约或联合归于无效，并不必然要求它产生的结果是完全的垄断，只要它确实有追求完全的垄断和剥夺公众因自由竞争得到的利益的倾向就足够了。只要稍加思考就可以理解：假如国家权力之手延伸至所有那些最终结果可能会影响对外贸易的有关制造业、农业、采矿业和其他生产性工业的契约或联合，那么，那些比较小的商业运作和交易应留给州去管理。

1890 年 7 月 2 日的法案是根据既存的法律原则制定出来的。国会并没有因该法案而试图主张可直接对付这种垄断的权力；或者试图限制或控制由各州设立的公司或各州公民在取得、占有或使用财产方面的权利；或者试图管理或限制物价或这类财产或产品应当出售的价格；或者试图宣布取得、占有各州已许可其取得占有的房产或物产的行为为犯罪。除了适用于国会可以行使内政权的条款在内，法律还要打击有关垄断州际或对外贸易和商业的契约、联合及共谋。而本案中被告的契约和行为仅仅同收购费城的炼糖厂和在宾夕法尼亚（Pennsyvania）州的炼糖经营有关，并且与州际间或对外商业没有直接的联系。没有任何证据证明被告有任何限制贸易和商业的企图，而且，正如我们所知道的，贸易和商业可能被间接影响的事实不足以支持原告。

*　　　　*　　　　*

大法官哈兰（Harlan）持不同意见：

我的看法是，组成联邦的各州的公民既有权在商品制造地所在的州购买商品，又有权在任何其他的州购买，而不必去面对一个其生意遍布全国的非法企业联合。根据各地法律，这种企业联合是公共利益的敌人，除了武断地制定固定价格外，它也阻碍这种买卖的进行。我坚持认为，自由的州际贸易方式不能与这种联合共存，我所讲的贸易是指买卖各种在州际贸易中被许可的物品。任何可能不正当地阻碍这种自由的州际交流与州际贸易，例如阻碍跨州运输的物品的买卖，都将受到国会基于州际商业管理权而给予的处理。国会行使这种管

理权的目的，在于保障买卖各种被许可物品的州际贸易绝对不受到来自于企业联合的不合理的或不合法的限制，这已被明确地授予给国会的权力证明是正当的，并将有利于整个国家的福利。我丝毫看不出这种结果会危及各州的自治，尤其是在任何一个州的行为都不可能取得这种结果的时候……

虽然最高法院在本案中的判决并没有宣布 1890 年法案不符合宪法，但它否定了该法案得以通过所依据的主要宗旨。因为它实际上主张，一部制定法是违宪的，如果它被认为包含了对跨州运输的商品买卖的非法限制。这样的非法限制是企业联合的存在必然导致的，这些企业形成的并且效果上也是如此的目的，是不仅要垄断全国各地所有该等商品的所有权，还要控制它们在全国的价格。在考虑到国家的权力范围的情况下，这种关于该法案的适用范围的观点，是把公众完全置于那些武断地控制了跨州运输的物品买卖的价格的企业联合的任意处置之下。我不能对此观点表示赞同。在我看来，宪法并没有将联邦政府置于如此无能的位置，甚至于当资本以公司的名义联合起来，在整个国家之内而不仅仅在一个州内，破坏州际贸易领域的物品买卖的竞争尤其是生活必需品的竞争的时候，它只能袖手旁观、无能为力。各州实行自治的法律原则，不能被用以证明在遇到此类紧急情况时，联邦政府完全没有权力进行管理，在涉及从该法律原则推导出的宪法所追求的商业交往自由之时……

（姜晓棠译　喻莉校）

9．北方证券公司诉合众国（*Northern Securities Company v. United States*，193 U.S. 197 [1904]）

> *Knight* 一案的判决暂时阻碍了政府对垄断的大规模打击。但是在接下来的 10 年间，罗斯福（Roosevelt）政府和塔夫脱（Taft）政府对联邦管制，其中包括"反托拉斯"（trustbusting），重新发生了兴趣。Northern Securities 一案正是这种新态度的生动体现。司法部对一个铁路控股公司的合法性提出质疑，这个公司是由摩根集团（Morgan）和哈尔曼集团（Harriman）联合设立的，控制了芝加哥和靠近太平洋的西北地区之间的绝大部分的铁路产权。最高法院最终以 5 票赞成、4 票反对通过了有利于政府的判决，持异议者以西奥多·罗斯福总统新近任命的大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）为首。尽管大法官哈兰（Harlan）一方的多数派的意见夸大了最高法院想把反托拉斯法适用于所有垄断的意愿，但是他的关于联邦管理商业的权力方面的主张，与 *Knight* 一案中首席大法官富勒（Fuller）所允可的狭小的范围形成了鲜明的对照。

大法官哈兰（Harlan）宣布法院判决如下：

这个诉讼是由美利坚合众国起诉北方证券公司，一家新泽西公司。……

该诉讼总的目的是要求对被告适用1890年7月2日的法律，这部法律通常被称为《反托拉斯法》，全称是“反对非法限制和垄断以保护商业和贸易的法案”……

政府诉称，如果认为该联合企业没有违反国会的这个法案的话，那么联邦政府所有的努力，旨在保障州际商务承运人的自由竞争带来的利益，都将归于无效，而且所有横跨大陆的铁路——确切地说，国家的整个铁路系统，将可能被吸收、兼并和合并，这样就会把公众置于该控股公司的绝对处置之下……

在我们看来，鉴于该法案宣告任何限制州际间或对外国商务活动的联合或共谋都为非法，还禁止任何对上述商务或其一部分予以垄断的企图，证据充分地证明了诉状中的实质性主张，并表明了被告违反该国会法案。……

这个法案被解释为，禁止任何联合或共谋对州际或对外商业或贸易进行限制吗？或者仅限于那些就其性质来说不合理的限制？当出现特定的联合或共谋，其必然趋势是限制或压制从事州际间商务的铁路之间进行自由竞争时，这个被禁止的联合或共谋，其成立时的动机是有决定性意义的吗？作为州际或国际商务活动的准则，该国会法案是否规定了那些从事这种商务活动的经营者间的竞争中的自然法则，不应该被任何合同、联合或共谋所限制或干涉？……

对此，我们无须援引本院以前的意见。我们有充分理由说明，从这些判决中，可以清晰地推断出某些主张，而且这些主张也适用于本案。这些主张是：

1．尽管被称为《反托拉斯法》的国会法案没有涉及在几个州的范围内的单纯的商品、物品的制造生产，但它的确包含了下述内容：任何合同、联合或共谋，不管其形式、性质、参加者如何，凡直接或必然对州际或对外商业或贸易加以限制者，均属非法；

2．这一法案并不仅仅局限于就其性质来说，对州际和对外商业或贸易进行的不合理的限制，而是包括由任何联合、共谋或垄断对上述商业或贸易所施加的所有的直接限制；

3．这一法案也适用于从事州际间或国际间商业或贸易的铁路承运人；

4．即使是私人性质的制造业主或商人的联合也同样适用此法案，只要其联合限制了州际或国际的商务；

5．国会有权确立规范州际和国际商务的规则，而且通过《反托拉斯法》，国会已经就那些从事上述商务活动的经营者之间的自由竞争的准则作出了规定；

6．根据此法案，任何联合或共谋，只要它将压制从事州际商业或贸易的竞争性铁路公司之间的竞争，而且以此限制上述商业或贸易，均属非法；

7．竞争的本来效果是促进商务活动，而直接后果是妨碍竞争进行的协议却限制而并非促进了商业和贸易；

8．要宣告一个企业联合无效，正如该国会法案所解释的那样，并不需要证明这个企业联合在事实上导致或将导致完全的贸易压制或完全的垄断，而只需证明它的运行必然倾向限制州际或国际的商业或贸易，或者倾向在上述商业或贸易中形成垄断，将会剥夺公众所享有的来自自由竞争的利益；

9．宪法对契约自由的保障，并不妨碍国会规定那些从事州际和国际商务

活动的经营者之间的自由竞争规则，而且

10．由于国会有权规范州际或对外贸易活动，因此，国会也有权制定该法律。……

《反托拉斯法》用于禁止联合的手段（国会认为这种手段与该法案的最后实现密切相关），就是为州际和国际的贸易（不是州内贸易）制定规则，而这个规则将不应当被某些通过破坏或限制竞争来抑制贸易的联合、共谋或垄断所侵犯。我们说国会已经制定了这样一个规则，因为在本院的所有先前判例中，《反托拉斯法》已经被解释为：禁止任何其运行必然会破坏或限制从事州际间商务活动的经营者之间的自由竞争的联合，换句话说，任何破坏或限制州际商务活动中的自由竞争的行为就是对这种商务活动本身的限制。那么，本院能够说这条规则难道是受宪法禁止的吗？或者说难道不是国会运用了宪法中的商业条款所赋予的权力而恰当地作出了规定了吗？通常竞争法则的自由运作对于商业或贸易来说是否明智而有益，这是一个经济问题，本院不必对此进行考虑或作出决定。无疑，有人认为如果不适用这条竞争规则，国家总体商业利益和经济繁荣都会得到最大程度的促进。但是另外一些人相信在物质丰富的当今社会，这条法则比在历史上任何时期都更为必要。无论怎么说，事实上国会已经通过宣告任何限制州际或国际的商务活动的联合或共谋均为非法，确认了这一自由竞争的规则。

我们肯定不能同意，国会得打击一些从事铁管、瓷砖、炉架和壁炉台的制造商和交易商的联合，其限制了国内此类业务的商业活动，而同时却不打击一些竞争性铁路承运人的控股公司的联合，尽管这些联合也限制了在几个州之间的旅客和货物运输方面的商务活动。如果私人集团不得通过它们的联合去限制州际和国际的商务活动——这是违反国会法案的，那么我们就更不能忍受把这些限制强加于或试图强加于在公共运输中进行的商务活动上。事实上，如果被告的观点是合理的，那么为什么所有的根据各州许可从事州际或国际的商务活动的铁路公司，都不得像我们正在讨论的那个一样，加入一个联合、通过成立控股公司的办法，达到对整个国家的旅客和货物运输的价格的绝对控制，冒犯国会保护公众免受勒索之苦的权力？从被告一方利益出发的观点必然会导致这样的结果，在保护公众的利益免受这些联合的侵犯方面，将国会置于一种无能为力的境地，尽管美国人民赋予了国会规范州际和国际的商务活动的绝对权威。……

争论中的许多主张都建立在这样一种想法之上，即《反托拉斯法》的后果最终将被证明是有害的。有人已经提出，随着《反托拉斯法》的实施，商业灾难和普遍的金融崩溃将接踵而来。迄今为止，依照该法案所产生的所有案例中，都有人提出了这样的预言。但这些预言都没有被证实。而恰恰是这个国家和英国的垄断历史证明，每当法律要限制垄断，保护公众免受勒索之苦的时候，就有人习惯性地提出崩溃的预言。与以前的案件一样，在这个案子中，被告试图从宪法赋予各州的保留权限中甚至从宪法关于契约自由的原则中寻求保护。但是，迄今为止，本院判定，国会关于反托拉斯的立法并没有触及各州的保留权限，而且契约自由中并不包括剥夺公众从商业贸易的自由竞争中获得利益的权利，契约自由并不赋予公司或个人有藐视法律明确表述的国家意志的自由。从任何本来意义上说，国会制定的法律的实施也没有触犯每个人与生俱来

的取得和拥有财产的权利。这种权利也和其他权利一样，必须依照法律行使。……

在辩论中，有人认为北方证券公司获得其子公司的股份的事实仅仅意味着他对其他公司的股份投资，即它购买了其他公司的股份。有人争辩说，这种投资或购买没有被本公司的章程所禁止，因此也不应该被国会法案认定为非法。这个观点是完全荒谬的，并与实际交易情况不相符合。在任何实际意义上，北方证券公司都没有实际投资在这两个子公司的股份上。即使它在形式上是这种交易，实际上却并非如此。不管这个公司已经为它自己在大北方铁路公司（the Great Northern Railway company）和北太平洋铁路公司（the Northern Racific Railway company）取得了多少股份，也不管它是如何取得的，它在其子公司中拥有或获得的所有股份，都是为了限制这些公司间的竞争而拥有或获得的。这个公司就是为了这个目的而成立的。

按照长期以来确立的解释规则的指导，显而易见的是，如果现在摆在我们面前的这样一个案子不适用《反托拉斯法》的话，那么政府立法机关的明确的立法意图就会被践踏。如果国会没有用《反托拉斯法》中所用的语句来描述这个案子或类似的案子，我们担心，是否还能找得到语句来描述它们。……

（金锦萍译）

10．斯维福特公司诉合众国案（*Swift and Co. v. United States*，196 U.S. 375 [1905]）

Swift 案更为显著地限制了 *Knight* 案的原则。政府指控一些肉类包装食品生产厂厂主，对畜栏中牲畜进行价格的共谋。销售虽然发生在牲畜饲养场内，牲畜处于“静止”状态，但是法院并不认为地方性交易和州际贸易的一般流程有明显的分别。这里，和在先前几个案例中一样，法院对生产和销售进行了区分，但两者的差别是模糊不清的。有深远意义的是，在整个 20 世纪 20 年代和 30 年代，霍姆斯（Holmes）在该判词中的“商业流程”（Stream of Commerce）原则成为最终推翻 *Knight* 案原则的利刃。

大法官霍姆斯（Holmes）宣布法院判决如下：

在我们看来，这一图谋作为一个整体是受法律管辖的。而这些构成要素，正如我们所述，足以使该图谋成为一个整体——不但如此，我们还能说，并使之最终成为事实。而且，当我们将它们作为不同的指控来受理时，无论我们怎样分别地来考虑它们，它们都是可被指称为是图谋的组成部分。有人主张说，被指控的几个行为各自都是合法的，而且动机也并不能造成什么不同。但是，

它们是联系在一起作为一个独立图谋的组成部分的，该图谋可能使这些组成部分变为非法。……制定法规定该诉讼程序，来防备限制州际商业的联合和垄断州际商业的企图。动机对此种联合来说几乎是不可或缺的，并且对此种企图来说是完全不可缺少的。在某些行为本身不足以产生法律所力图阻止的结果——例如垄断——除了仅有的自然力量外，还需要进一步的行为以使那种结果得以成就的情况下，谋求此结果产生的意图，以便使将要发生的危险成为可能是必需的。（见 *Common-Wealth v. Peaslee*，177 Massachusetts，267，272）。但是，当此动机以及由此而致的危险的可能性存在之时，正如其他许多制定法和体现在一些案例中的普通法那样，在这一制定法会反对已产生的结果外，还要防范那种危险的可能性。……

我们需要作进一步的观察。虽然被指控的联合是包括在一个州内部进行的贸易限制和垄断，但是它对州际间商业的影响却不是偶然的、次要的、关联极小的或仅仅是可能性的。根据起诉书的指控，州际间的贸易同州内贸易一样，可能甚至比后者更多地成为受攻击目标。（见 *Leloup v. Port of Mobile*，127 U.S. 640，647；*Crutcher v. Kentucky*，141 U.S. 47，59；*Allen v. Pullman Co.*，191 U.S. 171，179，180.）而且，它是一个直接目的，正是为此，各个特殊的行为和行为的做法才被采取并实施。因此，这个案件和 *United States v. E. G. Knight Co.*，156 U.S. 1 案并不一样。在 *Knight* 案中，联合的内容是制造业，垄断的直接目的是一个州内的制造业。然而，在制造的商品中所发生的州际间商业垄断的可能性，都是根据协议推断出来的，它不是一个必然的结果，也不是一个主要目的。这里，联合的内容是销售并且联合的关键在于对州际间有关销售方面的商业进行限制和垄断。这两个案例彼此很接近，因此迟早都必然会为其划定出界限，但两者之间的界限则是明晰的。……

我们认为被指控的图谋如果用公开明示的方式实施，完全有可能被法律所禁止，因此，不能将起诉驳回……

据说这一指控过于模糊，它也未能阐明州际商业的有关情况。我们首先来考虑第二个反对意见，州际间的贸易不是一个技术的、法律的概念，而是一个来自于商业过程的实务性概念。当牛群从一个州的某地被运走销售，并希望在它们被收购后，这一跨州运输过程就告结束的时候；当实际上如此运做（进行跨州运输），只是在畜栏所在地为找到一个买主而需要中断的时候；当这是一种典型的、经常不断的循环过程的时候，这样现存的流程就是州际间的贸易流程，且购买牛群是这种贸易流程中的一个部分和事件。至少在这一点上我们所讲的是正确的，即买主是不属于卖主和牛群所在州的另一州的居民。对于是否会通过安排地点（即在该地，就法律而言销售已经完成）的方法来规避制定法，我们目前无需对此自寻烦恼。……

（台冰译　喻莉校）

11. 新泽西标准石油公司诉美利坚合众国案（*Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 [1911]）

在 Northern Securities 案中，霍姆斯（Holmes）大法官在表示其异议时指出，就哈兰（Harlan）大法官含蓄地表达出来的关于反托拉斯法适用于一切垄断的意见，多数派意见并不一致。霍姆斯大法官还警告说，反托拉斯法可能会使商业变得零散以致重构社会。当塔夫脱（Taft）政府对诸如标准石油公司（Standard Oil）、美国烟草公司（American Tobacco）、国际收割机公司（International Harvester）这样的巨头公司提起诉讼时，霍姆斯大法官的这一警告得到了生动清晰的体现。早在十九世纪九十年代，就有人主张反托拉斯法仅适用于限制贸易、损害了公众利益的“不合理”联合。后来，西奥多·罗斯福（Theodore Roosevelt）总结了这种观点，区分了“好的”垄断和“坏的”垄断。下面这个案件中出现了所谓的“合理规则”（“rule of reason”）。哈兰大法官在表述其最后一个观点时，极力表示异议，其口吻使人想起他在黑人权利方面所持的观点。他再次指责法院背离了国会立法的目的。

首席大法官怀特（White）宣布法院判决如下：

首先，我们要查看《谢尔曼反托拉斯法》（the Sherman Anti-Trust act）的原文和含义。现引用《谢尔曼反托拉斯法》的第一条和第二条如下：

第一条 任何契约、以托拉斯或其他形式作出的联合、或共谋，如旨在限制州际间或对外贸易或商业，均属非法。任何缔结这类契约、从事这种联合或共谋的人都将构成刑事轻罪，一旦定罪，由法院裁量处以五千美元以下罚金、或一年以下监禁、或并处罚金和监禁。

第二条 任何垄断或企图垄断，或与他人联合或共谋以垄断州际间贸易或对外贸易或商业的任何部分者，均构成刑事轻罪，一旦定罪，由法院裁量处以五千美元以下罚金、或一年以下监禁、或并处罚金和监禁。

争论表明，在没有立法的条件下，存在着对美国当时是否有处理这一问题的普通法的怀疑，这种怀疑是促进《谢尔曼反托拉斯法》通过的因素之一。然而这些争论都有力地说明了《谢尔曼反托拉斯法》得以通过的主要原因是人们认为它顺应了当时经济状况的需要。当时在公司和个人手中积聚了大量的财富，公司组织得到了极大的发展，这种公司组织提供了联合的便利，而且人们正积极利用这些便利，被称为“托拉斯”的联合激增，在社会上广为流传一种观念：托拉斯组织的力量已经且将会继续广泛地用于压制个人和损害大众。尽管，争论也许不是用来解释制定法的一种方式……但是，通过这些争论能够查明制定某种特定法时的立法环境，即这一法律通过时期的历史。这种做法也并

未有悖常理。

毫无疑问，《谢尔曼反托拉斯法》的第一条仅涉及限制贸易问题，垄断和企图垄断则是由《谢尔曼反托拉斯法》第二条来规制的。当然，《谢尔曼反托拉斯法》中的这些术语的确是来源于普通法的，至少在其最初的含义上是这样的，而且这些术语还常见于《谢尔曼反托拉斯法》正式通过之时和在这之前的美国法律之中。

不用深究细节，只简单地纵览全局就可以确切地说：由于契约或其他个人之间、公司之间的行为而导致的对竞争状态的不正当限制，造成了社会对抬高价格和其他不当行为的恐惧不安。这种恐惧不安促使公共政策禁止所有不合理地限制竞争状态的契约或行为，或将其视为非法。不管是从契约或行为的性质、特征上看，还是从契约和行为所处的周围环境来看——只要这种环境能证明这一结论：契约的缔结或行为的进行没有基于合理地增进个人利益和发展贸易的合法目的，而是相反，从契约或行为的特征来说，其目的是损害一般公众、限制个人权利，从而限制商业的自由流通并带来灾难，比如说抬高价格，那么这些契约或行为都会被视为违反公共政策。另外，纵观美国关于这个问题的立法可以看出，在一个时期内能被推断出具有不正当目的特征的某些契约或行为，而在另一个时期则被视为不具有那种特征，这取决于通过制定法、作出司法判例的时期所采用的经济观念。

考虑到美国普通法和关于限制贸易的法律，并根据我们刚才谈到的规则所指明的历史具有的说明性效果，我们认为：

a. 当时的环境表明《谢尔曼反托拉斯法》是根据有关限制贸易法律中存在的实践观念制定的。因为《谢尔曼反托拉斯法》不仅包括主观上意图限制贸易的契约，而且包括理论上的有垄断企图的所有契约或行为，这些契约或行为在实践中已逐渐被视为属于广义上的限制贸易。

b. 鉴于在当时的经济活动中，已发展形成了许多契约和联合的新形式，因而用一个无所不包的列举来涵盖是大有必要的。因为这样可以确保任何形式的不正当限制州际间商业或对外商业的契约或联合都不会逃脱定罪。基于这种观点，对于那些以联合或其他形式产生的契约、若它们并未不正当地限制州际间商业或国际商业，《谢尔曼反托拉斯法》就不限制它们的缔结和执行的权利。相反，《谢尔曼反托拉斯法》正是要保护商业免遭那些会构成不正当干扰商业的各种新旧方法的限制阻碍。

c. 由于该项条款中包含的契约或行为没有明确的定义，列举也仅限于对行为的分类，这些分类的范围又极其广泛足以涵盖任何能想象得出的涉及贸易、商业以及这些商业事项的契约或联合，从而使得在人类活动任何领域、以该项条款所列举的方式进行的任一行为一旦限制了贸易即属非法。这就必然导致该项条款必须求助于判决的运用，而判决的运用要求凭借某一标准，去确定任一指定案子中是否存在违反《谢尔曼反托拉斯法》的禁止性规定的情况。虽然不能确切指明这一标准，但毋庸置疑我们期待并需要一个标准。鉴于合理规则（rule of reason）已然在普通法中应用，并且在美国用来处理涉及《谢尔曼反托拉斯法》的一些问题，它当然成为确定任一指定案子中特定行为是否违反《谢尔曼反托拉斯法》规定的标准。

毫无疑问，第二条中“垄断”和“企图垄断”两词涵盖了任何会产生被禁

止后果的行为。如果说有什么意思含糊的话，也就是关于确定垄断的确切含义的问题。但这种含糊也很容易澄清，因为根据我们已参考的关于限制贸易的法律历史以及这种历史在实践发展中所显示出来的迹象，垄断和能产生与垄断相同后果的行为，即不正当地干涉贸易的进程，都会逐渐被视为或被实际等同于限制贸易。换言之，《谢尔曼反托拉斯法》第一条是对所有垄断贸易方式的禁止，即对以任何契约、联合等方式不正当限制贸易的禁止。第二条为了尽可能更加全面地完备地表达《谢尔曼反托拉斯法》的禁止事项，包含了所有企图达到第一条所禁止的结果的行为，即通过企图垄断和垄断去限制竞争的行为。这样即使企图达到限制贸易的结果的行为和达到限制贸易的结果的行为并不在第一条的一般列举范围中，第二条也将其划入企图垄断和垄断之中予以禁止。而且，当第二条因此与第一条相一致并且有意作成为第一条的补充时，很明显在一个特定案件中用来查明是否有违反了第二条规定的行为的标准是“合理规则”（“rule of reason”）。而合理规则是受既定法和明确的义务影响的，这种义务是执行法案的禁止性规定以及它的限制性规定明白促进的公共政策。

* * *

大法官哈兰（Harlan）对法院判决部分赞同，部分反对。

回想起1890年时国家状况，人们都会记得，那时各地在一般大众中存在着的一种强烈的不安情绪。现在大家都庆幸，那时国家已经废除了人身奴役制度，但在当时人们普遍深信国家正处于实际的危险之中。这种危险是企图强加于美国人民头上的另一种奴役，它产生于资本大量集中在少数个人和公司手中这一事实。……

在阅读上述判词时，人们首先要问的是，既然在本案中法官一致认为，不管标准石油公司和其附属公司所做的行为是否合理地或不合理地限制了州际间商业，依据《谢尔曼反托拉斯法》，其行为本身就是非法的，那么为什么还有必要在法院判决中做出处心积虑的论证去显示根据“合理规则”，国会通过的《谢尔曼反托拉斯法》应当解释为包含着“不合理地”或“不正当地”这样的词句？坦白地说，惟一的理由是法院试图改变他们十五年前的深思熟虑的判决，因为那一判决达到了这一效果，即《谢尔曼反托拉斯法》不区分对州际间商业的限制是“合理的”还是“不合理的”，而一概禁止任何形式的对州际间商业的限制。法院现在认为这种做法是不符合“合理规则”（“rule of reason”）的。实际上，法院声称，这将是首次根据“理性”去讨论要解决的问题，运用“合理规则”去解决问题。我认为法院这样的推论过程本身将是“法官立法”。……

在被告看来，法庭对本案的处理将使“国家商业”（“the business of the country”）得到安定，给予它休养生息之机。然而，我深信这种做法会造成国家商业的混乱，引起广泛繁多的令人烦忧的诉讼，而且人们在多年之后才能感到这些有害后果的存在。当国会禁止任何以契约、联合或垄断来限制商业的行为时，它提供了一个简单明确的标准。这一标准为众人所理解，任何想遵守法律的人都能轻易地运用这一标准，并使自己的商业活动不至于违反法律。但是

现在，令人担忧的是，我们必须在不可计数的案件中经常性地反复进行审查（但这很难通过现有证据去解决），在每一个案件中特定契约、联合、托拉斯是否“不合理地”或“不正当地”限制了贸易。事实上，国会宣称不应有任何形式的限制贸易的行为，而且最高法院在多年前就已郑重地裁决：国会的意思已然以清楚明确的词语表达了，不可能再对《谢尔曼反托拉斯法》的词句有所增加。……

（喻莉译）

（四）契约自由与劳工问题

12. 洛克纳诉纽约州（*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 [1905]）

在十九世纪的最后三十年里，契约自由原则在州法院中发展起来了。这种观念是作为第十四修正案所保证的自由的一部分，任何一个州都无权干预订立合法契约的权利。它主要被应用于雇佣关系。最高法院在1897年的一个非劳动关系（non-labor）案件中首先承认了此项原则（*Allgeyer v. Lousiana*, 165 U.S. 578）。第二年，在一个7票对2票的判决中，最高法院忽略了这个案件，并且支持犹他州一项作为一种适当保护健康的手段而限定矿工每天八小时工作制（*Holden v. Hardly*, 619 U.S. 366）。但是在七年后，法院在Lochner案件中推翻了自己的观点，该矿工案例的事实和结果被证明为是一个特例。该州已经通过了一项关于限定面包师的最长工作时间为每天十小时或每周六十小时的法律，理由在于过长的劳动时间危害工人的身体健康。法院对于这项法律4票赞成5票反对。霍姆斯（Holmes）严责多数意见的经济偏好而强烈地反对这项判决，而哈兰则代表其他的异议者勇敢地以现实生活的论据向多数人提出异议。

大法官佩克汉姆（Peckham）宣布法院判决如下：

这个法律必然干涉了雇主和雇员之间订立合同的权利，这项权利涉及了雇员在雇主的面包店里的工作时间。对于自己的事务签订合同的普遍权利是由联邦宪法第十四条修正案所保护的个人自由权的一部分。（*Allgeyer v Louisiana*, 165, U.S. 578）根据第十四条修正案，任何州非经正当法律程序都无权剥夺任何人的生命、自由和财产。购买或出卖劳动力的权利是该修正案所保护的自由权的一部分，除非存在排除该项权利的情形。然而，在联邦各州的主权之中存在着某些也许可以模糊地称之为治安权的权力。法院尚未试图对这些权力予

以确切的描述和限定。这些权力，（尽管）被泛泛地谈及并且目前没有任何企图对其予以更具体的限定，但这些权力涉及安全、健康、道德以及公众的普遍福利。上述财产和自由权的行使就基于这些合理条件的限制，而这些条件是州在行使管理权时可以强加这些限制，并且宪法第十四条修正案也不是用来干预这些限制条件的。……

因此，州有权阻止个人签订某类合同，并且联邦宪法并未对签订这类合同提供任何保护。如果对于一项合同，州有权通过治安权的合法行使而予以禁止，那么第十四条修正案并不阻止对其予以禁止。合同违反联邦或州的制定法，或者一项合同是出租其财产以实现不道德的目的，或者为任何其他违法行为，则该项合同就无法归入个人自由或契约自由而获得联邦宪法的保护。基于上述理由，州如果在运用其治安权的过程中，以立法的方式通过一项法案，该法案严格限制劳动的权利或者在雇主和雇员（*sui juris*，这个词即指雇主和雇员）之间关于他们谋生方式合同的权利，在这个时候，决定哪项权利优先就变得极为重要——是个人自己选择劳动时间的劳动权利，还是州限制个人劳动或限制个人签订超过州定劳动时间的劳动合同的权利。

在诸多完全可以看作是对上述两种权利进行选择的案件中，本院已经承认了州的治安权的存在并支持其运作。这样的案件原告基于这些制定法侵犯被联邦宪法保护的权利的理由，主张无效，最高法院在决定这一问题的过程中，已经受具有自由主义性质的规则的引导，在大量的情形之下，适用这些规则导致了支持被攻击的州制定法的有效性。……其中，在 *Holden v. Hardy*, 169 U. S. 366 [1898] 一案中，本院就支持了州的法律。在该案中，法院对于犹他州立法通过的一个法案的规定就作了这种考虑，该法案对所有地下煤矿或者地下作业中工人的雇用问题作了限制。

当然，必须承认的是：对州治安权的有效行使应当有所限制，对于这样一个一般的命题是丝毫没有争议的。……因此，在每一个提交到本院的涉及运用治安权特征的立法并且寻求联邦宪法保护的案例中，问题必然产生了：这是该州治安权的公正、合理和正当的运用，还是对个人自由权利或个人签订劳动合同权利一种不合理的、非必要的和任意性的干涉？（而这份劳动合同也许对维持他本人及他家庭的生活是适当或必需的）当然签订劳动合同的自由包括合同当事人双方，这种合同自由涉及出卖劳动力的权利，同时又涉及与之同等的购买劳动力的权利。

这并不是一个以法院判决代替立法意见的问题。如果一项法律在该州的权力之内，它就是有效的，尽管法院的判决也许和该项立法完全相反。但是问题仍然存在：即它是否在该州的治安权之内？而这个问题必须由法院予以回答。

作为一项劳动法的法案是否有效的问题是简单明了的，也许三言两语就可以把它解决了。在面包师这一职业中，并不存在任何合理的理由，通过确定工作时间的方式来干涉个人自由或契约自由的权利。我们都不主张：面包师作为一个阶层在智力及能力上，并不等同于从事其他行业或体力劳动的人，或者，如果他们缺乏将会侵犯他们判断及行为独立性的州的保护，就没有能力维护他们的权利和养活他们自己。他们决不是州的被监护人……如果这样的法律应被遵守，那么我们把该项法律看作是仅涉及面包师个人健康的法律，而不涉及其他任何公共部分。干净而卫生的面包并不基于面包师每天仅仅工作十小时或每

周工作六十小时。基于这个理由，对劳动时间的限制并不在治安权的权限之内。

问题在于这两种权力或权利何者优先——州制定该项法律的权力还是个人自由和契约自由的权利。……

我们认为，在本案中治安权的行使已经超出其权限。根据我们的判断，并不存在任何合理的理由，让我们认为作为保护公众健康或从事面包师行业的个人健康的健康法是必要和正当的。如果这项制定法是有效的，如果基于此作出了一个判决，拒绝给予在联邦宪法条款的保护下雇主和雇员就后者的劳动签订劳动合同的个人权利，那么这种性质的立法也许达到了所有目的。……

我们认为：毫无疑问，面包师这一行业就其本身而言，并不是一个危险性会达到如此程度的行业，以至于要授权立法机关干涉无论是雇主还是雇员的个人劳动权利和契约自由权利。通过对所有行业和职业的统计数据的考察，有一点是可以确定的，即面包师这一行业并不像一些行业那样有益健康，但它仍然比另一些行业要有益健康。在通常的观念里，并不认为面包师是一个有害健康的行业。医生几乎不可能将从事这种或其他任何行业推荐为治病的方法。一些职业比其他职业更有益健康，但是如果仅基于某一职业并不绝对和不完全有益健康的事实而授予立法机关以立法权，那么我们认为并不存在任何职业可以不受立法权的监督或控制。我们也许可以这样稳妥地断言：几乎所有的职业都或多或少地影响健康……但是，基于此种考虑，我们是否全部要受到立法多数的控制？……

制定法限定了有理解力且成熟的人运用自己的劳动以维持生活的工作时间，对这种制定法性质的审查表明：它们对个人权利的干预纯属于多管闲事，即使声称这项法规的通过基于这样的主张——它们是基于治安权的行使和保护权利被干预者的身体健康的主旨，它们也无法免于责难，除非就这些立法本身而言，存在一些公平且合理的理由，以说明如果不缩减工作时间，就会对公众或雇员的健康造成实质性的危险。如果不是这样，那么很明显对于那些权利受到立法干预的个人而言，他们的契约自由如同个人自由一样受到联邦宪法的保护，并且州的立法机关无权限制在制定法中提及的他们的权利。……

在辩论过程中，有人进一步提出：在面包师案中对工作时间的限制是有根据的，其原因在于这趋于使工人保持清洁，因为一个人在不超时工作的情况下更易于保持清洁，并且如果工人是清洁的，则其“产品”也更可能是卫生的……在我们的判断之中，实际上去发现面包师在面包店中的工作时间与由其生产的面包之卫生质量之间的关系是不可能的。即使存在这样的关系，它也是如此的模糊和微弱，以至于无法成为立法机关干预权利的理由。如果一个人工作十个小时是可行的，但是如果工作十个半或十一个小时，他的健康就会有危险，他的面包就会不卫生，并且因此而禁止他这样做——对于这一点，我们认为是毫无理由和完全专断的。……

很明显，制定法中这一款所规定的对劳动时间的限制——正是基于该款规定，这项指控得以成立，复审原告被认定违法——并不与雇员的健康存在直接的联系且对其产生实质性的影响，以至于成为将该款认定为一项健康法的理由。在我们看来：在一项私人的交易中，这一条款的真正的目标和意图仅在于规定雇主和雇员（他们都是完全民事行为能力人）之间的劳动时间，并不对伦

理道德和雇员健康产生任何程度的危险。在此种情形之下，雇主和雇员之间签订雇佣合同的自由，以及界定该合同内容的自由，在不违反联邦宪法的情况下不能被禁止或干涉。……

* * *

大法官哈兰（Harlan）提出了反对意见，怀特（Waite）大法官和戴伊（Day）大法官予以附议。

尽管本院一直并不试图界定所谓的州治安权的精确界限，但是治安权的行使得到了联邦法院和州法院的一致认可。

所有这些案件一致表明：治安权至少包括保护公众的生命、健康和安全并禁止公民有害地行使自己的权利。……

很明显，该项制定法是为了保护在面包店和糕饼店中工作的工人的身体健康。也许该项制定法的起因（origin），部分是在于相信这些店中的雇主和雇员之间并不存在平等的地位，并且后者的生活急需（necessities）往往迫使他们屈从于对他们体力不正当的榨取。如果这一点成立，那么该项制定法必须被视为表达了纽约州人民这样的信念，即：作为一项通常的规则，就普通人而言，在这些店中工作的工人如果一周的劳动超过六十个小时就有害他们的身体健康。无论这是否是一项明智的立法，它都不属于本院的查究范围。在我们的政府体制之下，法院并不关心立法的明智性及政策导向。因此，在判断干预契约自由权力的问题的时候，法院可以查明州所设计的方案是否适合于这种能被合法地实现的目的，即：对于每天在面包店或糕饼店中工作的工人而言（无论是男性还是女性），这种保护手段是否与保护身体健康存在真实及实质性的联系。……我认为如果本院撤销纽约州的该项制定法的话，本院将会超越其职权。我们必须牢记该项制定法并不适用于所有行业。它仅适用于面包店和糕饼店中的工人，我们都知道，在这样的场所中，工人所呼吸到的空气不如在其他场所或在户外的空气那样纯净和有益健康。

Hirt 教授在他关于《工人的疾病》的论文中写道：

> "面包师的工作是一项能想象到的最为艰苦和劳累的工作，因为他们必须在对其身体健康有害的条件下进行劳动。它之所以艰苦、极其艰苦，不仅是因为它要求面包师在过热的梟坊中进行过长时间的体力劳动，更是因为公众反复无常的需求量，迫使面包师大多在晚上进行工作，由此剥夺了他享受必需的休息和睡眠的机会，而也正是这一点对他的健康极其有害。"

另一位作者写道：

> "不断地吸人粉尘引起了肺炎及支气管炎。眼睛同样遭受这种粉尘的侵害，这也正是有许多面包师眼睛化脓的原因。长时间的辛劳使得面包师们患上风湿、痉挛以及双腿浮肿……"

纽约州劳动统计局第十八次年度报告表明：在工作条件会影响营养状况的职业中，包括了面包师这一职业。……

我们拥有大量的基于人们经验的（experience of mankind）具有重要及实质性特征的理由以支持这样的观点，即：综合各项情势而言，在面包店或糕饼店中周复一周地每天进行十个小时以上的固定工作，将会危害工人的健康并缩短他们的寿命，由此也减弱了他们身体上和精神上的能力去服务于州，去抚养依靠他们才能生活的人们。

如果上述理由成立，那么本案就可以结案了，因为州在立法法案方面不受司法约束，除非该项立法显而易见地、明白无误地、毫无疑问地违反合众国宪法。我们不能预先假定纽约州带有恶意地进行了立法。我们既不能假定该项立法缺乏深思熟虑，也不能假定它没有基于可得到的最充分的信息以及为了公众的利益去解决问题。我们既不能说州的该项立法缺乏理性，同样，我们也不能坚持该项立法仅仅是个欺骗的推测。在我看来，我们的责任是支持和联邦宪法并不冲突的这部制定法，理由即在于——这是一项充分的理由——它并不显而易见且明白无误地有悖宪法。让各州独自处理纯属于其本州的事务吧，只要这样做并不毫无疑问地表明会违反联邦宪法。这样的观念必然来源于这样一项原则：各州公民的健康及安全应主要由各州去保卫和保护。

我冒昧地说一句：如果我们不将宪法修正案的范围扩大到远远超越其本意的程度，如果我们不将一些事项划入本院的监督范围——对于这些事项，当各州通过它们认为是最明智的规定，而运用其被让渡的权力来保护该州公民的健康和安全的时候，我们认为这些事项是专属于该州的立法机关的——那么纽约州的制定法，考虑到本案的具体情形，不能被认定为与宪法第十四条修正案有冲突。……我认为，根据宪法第十四条修正案而宣告纽约州的该项制定法无效的决定，必然导致无法控制的并且后患无穷的结果，因为这样的决定将会严重侵害各州保护其公民生命、健康和幸福的固有的权力。……

*　　　*　　　*

大法官霍姆斯（Holmes）提出了反对意见如下：

本案的判决基于一个大部分人尚未接受的经济学理论。如果这是一个我是否同意这一理论的问题，我愿意在作出决定之前，对其进行深入和长时间的研究。但我并不认为自己有这样的义务，因为我坚信我同意与否和最高法院的多数法官在法律上阐发意见的权利无关……宪法第十四条修正案并没有体现赫伯特·斯宾塞（Herbert Spencer）先生的社会静力学理论……一部宪法并不意图实践一项特定的经济学理论——无论该项理论是主张父权主义的经济学理论，它认为公民与国家之间存在有机的联系，还是它是主张放任主义的经济学理论。宪法是为具有根本不同观点的人所制定的。因此即使我们发现某些观点是符合规律的，也为我们所熟知，或者它们是新颖的甚至是令人震惊的，这样偶然的发现也并不能作为我们应当决定体现这些观点的制定法是否与合众国宪法相冲突问题的依据。

一般性命题并不能决定具体的案件。这个判决基于比清晰的大前提更为微妙的判断或直觉。但是我认为刚刚提出的命题，如果它被接受，它将带着我们向目标前进。每一种观点都想成为一部法律。在我看来，当宪法第十四条修正

案中的自由一词被用于阻止多数人的观点形成法律的时候，自由一词就会误入歧途，除非我们可以证明，一个理性且公正的人会承认该项制定法违反了已经为我们公民的传统和法律所理解的基本原则。没有必要去作任何调查，以显示在我们面前的制定法并不违反这项基本原则。一个有理性的人将会认为这项制定法是一项保护身体健康的正当措施。……

（王元译）

13. 穆勒诉俄勒冈州（*Muller v Oregon*, 208 U.S. 412 [1908]）

哈兰（Harlan）大法官在 *Lochner* 案中的反对意见预期了著名的"布兰代斯理论"在本案中得到运用。作为州政府的律师，路易斯·D·布兰代斯通过使用社会学、经济学和生理学的数据，证明关于限定妇女的日工作时间不得超过十个小时的俄勒冈州制定法的合理性。布兰代斯巧妙地避免了要求法院明确地推翻 *Lochner* 案的判决。其实，他为俄勒冈州法律辩护的理由建立于佩克汉姆（Peckham）法官在 *Lochner* 案中的评论："没有一部限定契约自由的法律可超越必要限度。"

大法官布鲁尔（Brewer）宣布法院判决如下：

惟一的问题在于：被告据以被判定有罪的制定法是否合宪，只要该项制定法影响了妇女在洗衣店中的工作……

在 *Lochner v. New York* 一案中，我们认为，一项法律如果规定不得要求或允许任何一位劳动者在面包店中的工作时间超过每周六十小时或每天十小时，那么对于男性而言，它并不是州治安权的合法行使，而是对个人签订劳动合同的权利和自由的不合理、不必要和专断的干涉。这样做无疑和联邦宪法相抵触，所以该项法律是无效的。复审原告将该项判决作为我们所要解决的问题的决定性意见。但这将意味着在限定劳动时间的问题上，性别的差异并不能作为因此而导致的不同规则的正当性。

在专利中，辩护律师们往往倾向于公开讨论技术状态。在本案中，我们在审查合宪性问题之前，关注司法渊源之外的意见表达和立法过程，这也许并不是一种错误。在路易斯·D·布兰代斯所整理的复审被告辩护的摘要中，拥有有关这些事项的丰富的资料。……

从技术上讲，所涉及的立法和意见也许并不权威，在它们之中很可能存在或根本不存在有关合宪性问题的讨论。而这一问题正置于我们面前，需要对其作出决定。然而，它们作为一项广为传播的信念是重要的，即：妇女的生理结构和她所从事的职能，证明了对妇女埋头苦干的工作条件进行限制或规定的特殊立法是正当的。的确，合宪性问题无法通过当今公众观点的一致得以解决。

因为成文宪法规定了对立法予以不变的限制，并且由此给予现行政府的恒定性和稳定性——否则的话，就会附诸阙如——这是它的一项特殊价值。与此同时，当一个事实问题是可以争论并在争论，并且该项事实的真实性影响具体的宪法限制范围的时候，有关这一事实的广为传播且长期存在的信念就值得加以考虑。我们在司法上应对所有一般知识的事项有所认识。

本院多次宣告过下述规则，这样的观点无疑是正确的，即：对于个人事务而签订合同的普遍权利，是为联邦宪法第十四条修正案所保护的个人自由的一部分，然而同样正确的是，该项自由不是绝对的，也不能延伸到所有的合同，各州有权在不与宪法第十四条修正案相抵触的情况下，对个人的合同权进行多方面的限制。……

很明显，妇女的生理结构以及她所承担的母亲职能使得她在维持生计的竞争中处于不利的地位。当她承担起母亲的重担时，这一点尤为正确。因为存在医学团体基于其长时间的对参加工作的母亲的腿部持续研究而得到的充分证据，即使她们不是每日都要承担上述的重负，它仍然易于对妇女的身体产生不良影响，而健康的母亲对下一代的茁壮成长至关重要。为了种族的力量和活力，妇女的身体健康成为一个与公众利益有关并为公众所关心的目标。

进一步而言，历史经验表明妇女往往依靠男性……两性在诸多方面存在差异：身体的结构、各自所承担的职能、体力的强弱、长时间持续工作的能力——尤其当站着工作时，强壮的身体将影响到人们将来的健康以及赋予其主张充分权利的自立能力——和为维持生计而持续竞争的能力。这些差异证明了立法差异的正当性，也支持了立法用来补偿一些由妇女所承担的重负。……

基于上述理由，并且不在任何方面对 *Lochner v. New York* 的判决提出任何质疑的情况下，我们可以得出以下意见：只要我们讨论的法律仅涉及妇女在洗衣店中的工作，那么我们并不能宣告它违反联邦宪法。……

（王元译　汪庆华校）

14. 阿戴尔诉美利坚合众国案（*Adair v. United States*, 208 U.S. 161［1908］）

抵制工会联合的最为普遍和有效的商业方法是“黄狗合同”。雇主强迫工人同意签订这样的合同，即规定他们如果加入了工会组织，则将被解雇。1898 年，蒲尔曼罢工（Pullman strike）的后果之一就是国会认定铁路依据此种合同解雇工人构成刑事犯罪。对制定法的质疑有两点，一是它在规范州际商业方面超出国会的权限，二是它同受宪法第五条修正案所保护的契约自由相抵触。在第二点上，最高法院只是解释了它较早的宪法第十四条修正案的原则，并运用这些原则来约束联邦政府。1915 年，最高法院废除了一个州的类似的制定法（*Coppage v. Kansas*, 236

U.S. 1)。哈兰（Harlan）在 *Adeir* 案中关于联邦政府商业权力方面的狭隘见解与他在 *Northern Securities* 案和 *Lottery* 案中的观点形成了鲜明的对照，评论如下。

大法官哈兰（Harlan）宣布法院判决如下：

若州际运输商的代理人或其高级职员从运输商那里获得足够权力，只因工人是劳工组织的成员便可将其解雇，那么国会能否认定州际运输商的代理人或其高级职员对美利坚合众国构成刑事犯罪呢（依照 1898 年法案第十节的规定）?

这是公认的重要问题之一，并且该问题也经过了慎重和深思熟虑的审查。在判决中，本院已得出与宪法的文字和精神相 -致的结论，并有合理的理由来支持它。

首先审查的是，指控的第 ·项内容所依据的 1898 年法案第十节中的有关部分是否与宪法第五条修正案相矛盾，该修正案宣称：非经正当法律程序，任何人的财产与自由不得被剥夺。我们认为，需要特别指出的是，法案的第十节确实是对受修正案所保护的个人自由及财产权利的侵犯。这种自由与权利包括为购买他人劳动而订立合同的权利，同样也包括为出售自己的劳动而订立合同的权利；然而每种权利，都应服从一个基本条件，就是任何合同，无论其内容是什么，如果法律依据合理的理由，认为其与公共利益不相一致或妨害了公共秩序或对公共利益有害，都不得得以维持……

在 *Lochner v. New York* 一案中……本院认为："就自己的事务订立合同的一般性权利是受联邦宪法第十四条修正案所保护的个人自由的一部分。"……

虽然如前所述，受宪法所保护的自由与财产权利非经法定正当程序不得被剥夺，但因公共利益或大众福利的需要，这些权利亦应受到合理的限制，不过这并不属于政府的职能范围——至少在当事人之间缺少合同——去强迫经营过程中的任何人违反自己的意愿接受或保留其他人的个人服务，或去强迫任何人违背自己的意愿而为另一人提供个人服务。一个人根据他认为合理的条款出卖自己劳动的权利实质上与劳动力购买者享有决定合同条件的权利相同，后者将依据这些条件来接受愿意出卖其劳动力的劳动者的劳动。所以工人享有以任何理由辞职的权利，同样，雇主也享有以任何理由解雇工人的权利。因为卡佩芝（Coppage）是劳工组织成员而将其解雇是被告阿戴尔（Adair）的法定权利——无论这种做法可能会多么愚蠢，这同卡佩芝（Coppage）因为被告雇佣了一些并不是劳工组织成员的工人，从而认为自己应该从所从事的职业辞职，且这属于其法定权利一样——无论在他这方面来说，此种做法是多么不智。在所有这类特殊情况中，雇主与工人享有的权利是平等的，任何妨碍这种平等的立法都是对契约自由的粗暴干扰，在一个自由的国度里，政府对此不能合法地证明它是正当的……

但是有建议说，只要州际运输商的代理人或其高级职员从运输商那里获得足够的权力，仅仅因为工人是劳工组织成员便将其从州际运输商的工厂里予以解雇，就认定其构成犯罪，这种权力可以依赖于国会管理州际商业的权力，无须考虑自宪法第五修正案中产生出来的任何关于个人自由或财产权利的问题。这一建议对当前的讨论可能没什么意义，除非制定法，就刚刚说到的细节来

讲，符合宪法规范州际商业之条款的含义。若非如此，那么显然政府不能援引宪法中的商业条款来支持对阿戴尔的起诉。

让我们来查寻一下什么是商业，给予国会管制商业的权力又是什么？

这个问题在法庭上已经被屡次提出，答案是（而且也没有其他更好的明确的答案）州际商业包括运输、交往、贸易、航行、通讯、旅客运输和电报信息的传送。确实，包括了州际间的每一种商业交往，而不是指“完全是一个州内部的行为，是在一个州内的人与人之间进行的，或是在同一个州的不同地区之间进行的，并且是不会延伸或影响到其他州”的商业……显而易见，任何规范州际商业行为的规则，为了归属到国会依据其权力而管制州际商业的权限范围内，必须与被管制的商业有真实或实质性的联系或关系。但是工人在劳工组织的成员资格与州际商业的进行之间，可能会有什么样的法律或逻辑上的联系呢？在本质上以及用法律的眼光看来，与劳工组织的这种关系同商业无关，工人是通过他的劳动和服务与商业联系在一起的。我们设想的是，劳工协会是为了提高或改善工资条件和保护其成员作为雇佣劳动者的利益而组织起来的——这一目的是完全正当合法的，应该受到赞扬而不是批评。但是作为劳工联合的协会确实与这种州际商业无关。我们必须这样假定，受雇于州际运输商的公司的工人应该忠实地履行他的义务，不管他是不是劳工组织的成员。工人对其所处劳动岗位的称职性和他履行职责的勤奋性，依法依理都完全不依赖于他是否是一个劳工协会的成员。不能假定说，一个人因具有了工会的会员资格，他的称职性就有了保证，他的勤奋性就会得到提高，或者因为他不是这样一个协会的成员就认为他不会很称职或很勤奋。工人是作为一个人而不是一个劳工组织的成员为州际运输商工作的……

就整个案件而言，可以得出结论，即应当认为认定被告有罪所依据的制定法的条款是与宪法第五修正案相抵触的，这一条款不属于国会管制州际商业的权力范围，但是在管制州际商业这种伪装之下，以及适用在该案中的时候，它却武断地支持对被告阿戴尔个人自由和财产权利的非法侵犯……

（台冰译）

15．德布斯案（*In Re Debs*，158 U.S. 564 [1895]）

早在1892年，司法部就寻求适用谢尔曼反托拉斯法来对付劳工联合。第二年，一联邦地区法院法官签发了一项禁令以约束工会的行为，提到国会的意图是这一法案不仅适用于资本还适用于劳工。在1894年，针对普尔曼罢工（Pullman strike），政府根据州际商业法案和谢尔曼法案，在 *Eugene v. Debs* 一案中，取得一个全面的禁令，用来约束美国铁路工会主席以及工会的其他领导人。芝加哥巡回法院维持了判处德布斯（Debs）藐视法庭罪的判决，德布斯因而向最高法院寻求人身保护令。最高法院并没

有对下级法院适用反托拉斯法这一问题进行争论，而是依据其他的联邦制定法和一般衡平法管辖权拒绝了德布斯的申请。但是最高法院的默许，打开了通过广泛适用谢尔曼法案以获取对抗有组织的劳工的禁令的水闸之门。

大法官布鲁尔（Brewer）宣布法院判决如下：

国会已经行使了其被授予的在州际商业方面进行各种立法行为的权力……

国会依据其被授予的建立邮局和投递路线的权力，通过大量立法，已经建立起了庞大的国家邮局系统，包括它的所有的组织方面的细节，它的业务活动方面的全部机构，限定了什么可以被运送，什么不可以被运送，确定了运费的价格，而且规定了对触犯它的各种违法行为的处罚措施。

显而易见，这些给予联邦政府的在州际商业上和关于邮件运送方面的权力并没有处于蛰伏或未用状态。国会早已掌管了这两方面的事务，并且通过各种不同的与具体的法令以担负和行使了给予它的这些权力，而且完全履行了它在管理州际商业和运送邮件方面的职责。此种权力行使的合法性和控制的排他性已经一次又一次地被提交给法院请求予以审议。我们惊奇地注意到这样一个现象，就是提交到本院的大部分关于州际商业的案件，提出的都是州在有关州际商业方面立法的合法性的问题，本院判决一致认定以阻碍州际商业的方式来立法并不在州的立法权限之内。如果一个享有公认的统治权的州对阻碍州际商业无能为力的话，任何不过是在州范围之内的个体的自发联合怎能拥有连州自己都不拥有的权力呢?

依据宪法，既然控制州际商业和邮件运送的权力被授予给了联邦政府，并且国会由于此授权已经具有实际和直接的控制权，因此政府可以阻止任何非法和强行的妨害。但是这将如何实现呢？毫无疑问，国会的确有权通过立法规定，任何对有关这些事情的妨害都将是对美利坚合众国的犯罪，都将通过在适当法院的控告而被提起公诉和受到惩处。但是那是惟一的补救方式吗？对国家在州际商业和邮件运送方面的巨大利益的保护，难道仅仅在于对那些妨害它的人的可能的惩罚上吗？答案不言自明。……

国家的全部力量可以用来保障国家权力在国土任何部分的充分和自由地运用，以及用来保障宪法委托其管理的所有权力的安全性。联邦政府强有力的武装可以被用来清除对州际商业自由或邮件运送的所有阻碍。如果有紧急情况发生，国家的军队和它所有的民兵武装，会时刻听令于国家，强制人们服从法律。

但是就第二个问题而言，无论什么时候出现了阻碍州际商业自由或邮件运送的情况，除了行政当局依据委托给其的权限运用武力外，还有其他可以选择的办法吗？军队是保障公众权利、维护国家和平的惟一工具吗？即便任何社会公害都可以经由权力机关的程序或者由因此遭受私人损害的个体将其强制消除，这种强制消除社会公害的权力的存在，并没有与上诉权不相一致，也没有损害上诉权（这种上诉权是通过有序的方式到法院寻求司法判决的上诉权利），也没有损害他们通过禁止令状以及取得同样结果的其他方式来行使的权力。

毋庸置疑，政府在该问题上确实具有利益，使之在诉讼中能以原告的身份出现。有人认为衡平法只涉及财产的保护，而政府并不具有财产利益。对此一

个有力的回答就是，政府在邮件运输上具有财产权益，该法案的目的之一即是对其进行保护。……

我们并不介意我们的判决仅基于这个理由。每个政府，据其赖以存在的法律，受托为了公共福利而行使权力和履行职责，都有权为行使一种权力或履行另一种职责而向自己的法院寻求正当帮助。以政府在该问题上不具有财产利益为由而向某一法院提起上诉，这种理由是站不住脚的。这种促进整体利益、阻止损害公共福利的不法行为的职责，足以使政府在法庭上获得合法地位。迄今为止，在一些关系中，这种主张已得到了本院的支持。……

但有人再一次反对说，禁止犯罪并不属于衡平法法院的管辖范围。一般而言，这一主张是毋庸置疑的。大法官没有刑事审判权。有些事情比消除违法犯罪更需要法庭运用其签发禁止令的权力。必须要有对财产或财产性质权利的实际或可能的妨害，正是当这种妨害发生的时候，衡平法法院就具有了管辖权，且该管辖权不会因下列事实而有所减损，即此种妨害附带于刑事犯罪或其本身就是刑事犯罪。……

辩护律师在辩护状中进一步说：

> “在为了国家的利益而采取这一法案以压制骚乱和聚众暴乱的情况下，没有什么判例可以被援引，虽然它们都发生在交通干线上。它并非是断断续续和暂时的妨害构成了社会公害。对这些非法的游行示威，需要行政权力这一强有力之手的干预。
>
> “法院应该同它们保持中立，而且不能侵犯行政特权，甚至不能应行政机关的要求或命令而脱离已构建好的司法当局的常规。聚众暴乱不能靠禁令来平定。它的领导人也不能在衡平法上被审判、定罪和科刑判决。
>
> “政府的司法部门将这样本属行政和军事的权力强加于衡平法院是对权力的极度滥用。”

我们并没有察觉到这一争论是对法院的司法管辖权提出了质疑，而不过是对政府在申请法律程序时行为的便利……但是难道辩护律师的论点不是暗示的过多了吗？可以假定这些被告正在进行叛乱或正在发动一场革命吗？以及是否可以假定他们和他们的同事们正因此将他们自身置于超乎法院民事法律程序范围之外呢？

我们没有参与对谢尔曼法案的审查……巡回法院主要是依据该法案来维持其司法管辖权的。绝不能因此理解为我们对那个法院做出的关于该法案适用范围的结论持有异议，我们只是更愿意将我们的判决建立在经过讨论的、更广泛的基础上，我们认为重要的是作为其基础的这些原则应该得到充分的阐释和确认。……

（台冰译）

16. 洛伊诉拉勒案［丹伯里制帽商之案］（*Loewe v. Lawlor*［*Danbury Hatters' Case*］，208 U.S. 274［1908］）

在这个案件中，法院特别讨论了反托拉斯法与参加工会的劳工之间的关系。针对商业联合的反托拉斯案件在法院里总是会引起尖锐的意见分歧。但是在该案中，法官们却一致同意将反托拉斯法适用于管制劳工联合。此案由制帽工人联合会组织的反对康涅狄格州丹伯里的一个制帽厂商的全国性抵制运动而起。其目的是为了使地方性工会获得承认。公司提起诉讼，控告工会阴谋限制商业，违反了谢尔曼法案，并要求参与罢工的工会成员个人赔偿给该公司3倍于公司损失的赔款。

首席大法官富勒（Fuller）宣布法院判决如下：

我们以为，起诉状中所描述的联合是“限制州际交易或州际商业”的联合，法案中所用的词语正是以这种意义而存在的，这一行为也据此得以认定。

此结论建立在本院的众多判决之上，这一法案禁止任何旨在实质上妨碍州际间商业自由流通或者限制交易者自由参与商业活动的联合。

被指控的联合属于这类限制贸易的范围，其目的是强迫第三方或局外人只有在联合的条件之下，才能参与交易。毫无疑问，“在普通法中，每个人各自拥有要求排除贸易过程中不合理妨害的权利，而公众也共同拥有这种权利”——引自首席大法官艾里（Erle）关于商业工会的名作。但是此处对司法管辖权提出了异议，因为即使承认起诉状说明了普通法上的恰当案由，亦会有争辩说它并没有谢尔曼法下恰当案由。因此，有人认为，被指控的商业限制将会使原告的商业经营受到彻底破坏，从而也使州际贸易受到打击；那些实质性的妨害并未如预期的那样受到指控，而且被告自己也没有从事州际商业活动。

我们认为这些异议都是站不住脚的，而且它们亦已被本院原先的判决所解决。*United States v. Trans-Missouri Freight Association*，166 U.S. 290；*United States v. Joint Traffic Association*，171 U.S. 505；*Northern Securities Company*，193 U.S.197 这些案例都认为，实际上反托拉斯法在禁止对贸易的非法限制方面比普通法有更为广泛的适用范围……

在评述诸如 *United States v. Knight*，156 U.S.1 案之类的案件时，我们并没有踌躇……在上述案中，已有不容争议的事实表明，协议的目的不是为了妨碍或限制州际商业。联合的目的与意图决定了它的合法性……

这里的主张是原告和其他州的居民之间存在着州际贸易，为了达到破坏此种州际贸易的直接目的，被告联合起来，不仅阻止原告实现为跨州运输而生产产品的意图，而且阻止了买主对这些帽子的再次销售。而这些帽子是早就已从康涅狄格州进口来的，或者是更早通过与原告进行的的谈判而买下的。这些帽子经过跨州运输被送到了不同的目的地。这样，虽然破坏州际贸易的方式是一个州内行为，且有些这样的行为本身就是其显而易见的目的一部分，其影响也超出了联邦当局的权限范围，不过，正如我们所见，这些行为仍然必须被视为一个整体。这样的一个计划应受到公开地谴责，尽管它的实施可能影响的只是

州际商业经营活动的一小部分。如果联合的目的是像所指控的那样，是为了禁止任何州际运输，那么，妨碍州际运输的种种办法是在实际的运输发生之前还是之后实行都是不重要的了。

不能因为被告本身没有从事州际商业就主张该法案不能适用。这一法案在阶级之间的适用并没有什么不同。法案规定“任何”限制贸易的合同、联合或合谋均为非法。国会的记录表明，国会曾通过立法做过几次努力，以使农民或工人的组织不适用于该法案管辖。但这些努力都失败了。因此这一法案就这样维持了原貌，正如我们现在所看到的那样……

在立法者的头脑中，这个问题的外延大大拓宽，以至于罪恶的源泉被认为并不重要，罪恶之整体才是需要对付的。于是他们既禁止资金的联合，也禁止劳工联合。实际上是禁止所有限制商业的联合，而不考虑参加这些联合的人的性质。确实，法官对这一制定法并没有给予过多解释，但在我看来，就适用该法案的这种联合而言，法案的意思是明确的，而且它包括了为维护工人的利益而组织起来的劳工联合……

虽然冗长，但我们仍然有必要重复诉状证明原告是康涅狄格州丹伯里的制帽商，他们在那里有一家工厂，并在当时当地与康涅狄格州以外的二十几个州进行着州际贸易。他们实际是依靠州际交易来销售他们工厂的产品的。全部产品只有一小部分被康涅狄格州所消费。被指控的联合成立时，原告正在为了履行合同而制造大批量的帽子。这些合同是其与康涅狄格州以外的其他州的收货人和批发商订立的，而非与本州人订立的。但这一联合妨碍了制帽工作的进行从而使之不能完成合同之规定。

被告是被称为北美制帽工人联合会（The United Hatters of North America）这样一个大联合的成员，该组织约有 9000 名成员并包括大量的从属工会，他们与 140000 其他组织成员联合在一起加入了另一称为美国劳工联盟（The American Federation of Labor）的协会，他们是此组织的成员，这一组织的成员遍布帽子批发商和其顾客居住与进行商业活动的几个州的所有地区。被告“参与了进行联合的图谋并且力图迫使美国所有的皮帽制造商，包括本案的原告，违反他们的意愿和他们从事商业活动的原有方针，组织各工厂制造车间和成品车间的工人成立一个工会机构，作为北美制帽工人联合会的一部分，或者像被告和他们的同盟者所称的那样，使他们的商店加入工会，意图就此来控制对劳工的雇佣和前述工厂的运转，以及使工人和工厂处在工厂主管理和控制之外。出于对这工厂主的一种极度厌恶的态度，通过限制和破坏这些制造商的州际贸易和商业，通过对这几个州中的制造商及其顾客进行恐吓和威胁，抵制这些制造商和他们的产品及他们的顾客。总之，利用他们所能控制的各种有力手段，以实现他们的图谋、影响和目的。如前所述，直到因此而造成了妨害和商业损失之时，这些制造商就会屈服，同意按要求在工厂中成立工会组织”……

被告继续进行其联合，通过使用图谋实现该目的的同一的方法以限制和破坏原告和其他州的顾客之间的州际贸易和州际商业，而这些行为使原告在商业经营和财产方面损失了约 8 万美元。

我们认为该案受谢尔曼法案管辖……

（台冰译）

(五) 所得税

17. 波洛克诉农民贷款信托公司 (*Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.*, 158 U.S. 601 [1895])

联邦所得税曾在内战期间首次被征收，但在60年代末之后就废止了。在那时几乎没有提出什么严肃的宪法性反对意见。但1881年，在*Springer v. United States*一案中，法院一致支持了这项法律，并驳回了关于因其为直接税就应根据人口的分布在各州间进行分配的要求。法院完全依据1796年*Hylton v. United States*一案中对直接税的定义。各种压力使得一部新的所得税法于1894年得以颁布，但这次对此项税收的宪法性攻击是广泛和迅速的。有一项试验性案例由股东对公司提出的旨在阻止纳税的不伤感情的诉讼确立了。在1895年的4月，8位在职的法官认为对土地租金的税收必须在各州间予以分配，对市政债券所得进行征税应予以废除。(*Pollock v Farmer's Loan and Trust Co*, 157 U.S. 429)。但法院却在决定个人财产税是否是直接税以及立法的无效部分是否会导致整部法律失效的问题上平均分成两派意见，相持不下。随着第九位法官的归任，这些问题一个月后获得了解决。

首席大法官富勒 (Fuller) 宣布法院判决如下：

宪法将联邦税分为两大类，一类为直接税，另一类为关税、进口税及消费税。同时针对每种税的课征制定了两项相应的授权规则。

征收直接税的权力是完全的和绝对的，它依据各州在国会众议院的代表比例（这项比例依据人口调查的统计数字作出）来分配，不依分配征收直接税是被禁止的。课征关税、进口税与消费税的权力必须保证该税收在全美范围内保持一致。

我们以前的判决局限于考虑征收不动产所得税和市政债券所得税的合法性。问题因此被限定为该项税收在宪法意义上是否是直接税。至于不动产所得税，法院只主张不动产所得与不动产本身属于同一种类的征税对象，即对不动产的征税和对不动产收益的征税都是直接税。至于市政债券的所得，法院主张由于征税权力的缺乏而不应征税，对于这项税收的性质究竟是直接税还是间接税，则没有作出解答。

现在我们得以扩展深究的范围，审查对一个人全部所得（不论是源自不动产的租金、孳息等，还是源自债券、股票或其他形式的私人财产）的征税，究竟属于这两类税收中的哪一种。我们不能下结论说，前述的对所有者全部动产与不动产收益进行的强制扣除，根本不同于对财产直接进行的征税，以至于依

据宪法的定义应为间接税而非直接税。

除依据人口普查的数字分配以外，宪法禁止征收直接税。如果主张一项未按比例分配的税收在宪法意义上不是直接税，因为该项税收的对象限制在财产所得，是将财产所有人作为征税主体，这种主张是否是对上述禁令的违反？

不论那些政治经济学家或财政改革家们的理论观点如何，我们能否合法地主张，从宪法的字面意义及建立政府时的环境看来，宪法已认可了对农产品和不动产租金可以不按分配的普遍征税？尽管税赋的承担仅基于所有权而且没有逃税的途径，因为与针对收人来源的财产本身进行征税相比，其属于完全不同的税收种类。

如果宪法的限定不被视为欺骗与无效，制宪者的立法意图没有遭到挫败，那么这里只能有一个答案。即不可能认为，一项如此重要以至于规定了积极与消极的两项条款去贯彻的基础性要求，仅因为硬要区分财产收益或财产本身的不同就完全改变其性质。

我们也不能找到任何根据证明，为什么同样的推理就不能适用于以收益为目的的动产资本及由此而产生的收益之间。如果根据宪法做出分配，那么全国所有的不动产及一切用于投资的私人动产都有可能被征税。宪法并未规定除土地之外，其他财产就不能按分配设定直接税，相反，它只是禁止一切未经分配的直接税。我们也未发现任何正当理由能将个人动产排除在征税权限之外，或使一项经过分配的直接税无法设置与征收。正如 Gallatin 先生于 1812 年就任财政部长时在其报告中所指出的那样："根据州的授权已被征收直接税的同一征税客体可以被设置税目并征收税款。"

某些种类的个人动产具有普遍分配性，收人亦是如此，尽管可征税的范围会因大量豁免的存在而被缩小。……

我们在本案中一致主张，只要这项法律适用于市政债券的收益，它就不能被认可，因为这是一项基于州权力的作为贷款工具的征税，由此与宪法规定不相容。但如上所述，如果利息在获取时已成为收益者口袋里的现钞，即不同于收益的来源而同样具有可征税性时，关于其最初是否可能已经被征税的问题就不具有实质意义了。以上是司法部长以明显的诚意承认的。由此可推论，如果源自市政债券的收益由于其来源的不可课征性而不能被征税，那么同样的规则也适用于源自其他不具可征税性的来源的收益，而非经分配无权对不动产和动产进行征税的原则也适用于由上述财产产生的收益上。

即使承认这项法案对财产所得予以征税而不问其来源，我们仍不能质疑这项税收当然地属于宪法所定义的直接税。……

作为直接税，并由此以分配的方式予以设置，这样做有实质性的困难吗？如果有必要为支持政府运作而在关税、进口税和消费税之外筹集三、四千万或其他数目的资金，国会难道不可以基于人口统计数字而确定各州的配额，建议必须收缴的款项，并在各州尚未通过自己的机构与自己的方式去承担配额与支付税款的情况下，着手评估各州所有居民的所有不动产、动产及收益，从而征收税款吗？难道国会不可以针对某个或所有征税对象、以可能适宜的方式去这样做吗？……尽管经过调整后的收益单具有它的价值，但在征收所得税时仍可能会出现许多不便。不过尽管在操作上如此不公平以至于不合需要，但其具有的可分配性仍是不能被否认的。……

这里我们并不考虑一项所得税是否可取的问题，也不考虑该项税收是否会

使政府削减进口货物的消费税与关税，并开始所谓的财政与商贸体制的改革。上述性质的问题属于政党争论的范围，不能通过司法审判予以解决。在这些案件中，我们的权限是判定对财产收益征收的所得税是否属于直接税的范围。如果它确实属于，那么未经分配的征收就是违反了宪法，我们必须照实宣布。

本院也时常存在意见分歧——此刻也同样存在——但认为本院的职责就在于做出审慎的、不受与本案无关因素影响的判决，在这一点上从未存在过任何异议。……因此，我们的结论可以概括如下：

第一，我们坚持已经宣布的观点，即对不动产的征税无疑属于直接税，对不动产的租金和收益的征税同样也是直接税。

第二，我们认为，对动产以及动产收益的征税同样也是直接税。

第三，包括在 1894 年法案第 27 款至 37 款中的税种，只要针对不动产与动产的收益，属于宪法意义上的直接税，那么由于没有根据代表份额予以分配，因此是违宪的和无效的，而所有这些条款，作为一整套税收体系，也必然是无效的。……

*　　　　*　　　　*

大法官哈兰（Harlan）提出异议：

根据我的判断——即使不考虑对本院以前判决和政府惯例的忽视——这个判决将导致最严重的忧虑。它由于否决了联邦政府的一项权力而动摇了国家权威的根基，因为在国家出现紧急状况，例如与一个经济大国发生战争导致在此期间关税无法征收或发生实质性的减少时，该项权力对联邦的生存与维持至关重要。这项判决重现了在《联邦条例》（Articles of Confederation）生效时期国会发现自己所处的无能为力的状况，当时其无权通过自己的机构、依法直接针对个人设置与征收足够的税款以偿还债务与支付政府的花销，相反在各种情况下均依赖于各州兑现国会摊派的份额时的意愿及速度。

为什么我说本案判决将给国家权威带来减损或威胁呢？理由如此明显以至于只需陈述而不需解释。在实际运作中，本判决从联邦手中撤销的征税权，不仅针对一切不动产的收益，也包括有形动产、“用于投资的动产、债券、股票和各种形式的投资”以及由这些财产可能获得的收益。造成这种结果的原因是，根据判决，所有这些个人财产和源自不动产与动产的收益均不处于联邦的征税范围，除非简单的以人口数为基准在各州中进行分配。这种分配必然会因为个别州少数人的利益而造成对大多数人的严重不公正。……

我不能认同对宪法予以这样的解释，它减损和削弱了联邦政府在征税这个关键问题上应有的权力，同时又对我们国家中大多数人民构成了歧视。

如今本判决造成的实际效果将是使某些种类的财产获得一种与我们社会组织的基本原则不相容的优势地位，使其获得一种可能对一部分美国人民构成威胁的权力与影响力，受到威胁的这部分人民承担了政府大部分的负担，他们的财产在无法可依时不应该象国家财产一样处于公有财产的范围。

（王瑛译　王晴校）

（六）联邦治安权

18. 查米思诉阿莫斯（彩票案）〔*Champion v. Ames* [*Lottery cases*], 188 U.S. 321 [1903]〕

就与法院在 *Knight* 一案中限制条款范围的同一时期，国会采取了一项重要措施为贸易权力增加了新的层面。在 1895 年，国会禁止在州之间运输彩票。早在三年前，法院支持了禁止邮递上述彩票的做法（*In re Rapier*, 143 U.S. 110）。但这项新法律揭示出更广泛的问题，诸如对州际交通的全面禁止和联邦政府在管理社会风化中应处的角色。存在着真实的顾虑认为，不论其目的如何正当，这项政策导致了联邦权力的危险扩张。法院显然也被此问题所困扰，这可从举行三轮辩论听证会的必要性和以五比四的微弱多数通过的判决意见中看出来。哈兰（Harlan）代表多数发表的意见含有对联邦权力范围的某些限制条件，但在后来的案例中，例如，法院正是基于此先例支持了联邦对假冒食品（*Hipolite Egg Co. v. United States*, 220 U.S. 45 [1911]）和州际卖淫活动的管制（*Hoke v. United States*, 227 U.S. 308 [1913]）。

大法官哈兰（Harlan）宣布法院判决如下：

有意见认为，彩票自身并无任何真实的或实质性的价值，因此并非贸易的客体。如果这被看作是认定何为可能由国会规制的贸易客体的仅有的法律尝试，那么我们无法认为如此宽泛的陈述是精确的。其票面显示，彩票公司提供了一大笔奖金，以备支付给中奖的彩票持有人，据其广告称在巴拉圭的亚松森（Asuncion）举行公开抽奖。这笔现金存放在美国不同银行的储蓄账户中，以使彩票公司的各代理机构实现奖金的即时支付。这些彩票是运输的客体，它们可能已被售出，彩票持有人已被明确告知，该公司将会支付其与抽中数额相同的奖金。……简而言之，彩票是运输的客体，1895 年的法案也是如此规定的。……

我们的观点是，彩票是运输的客体，因此也是贸易的客体，因此对这些票证在州际运输方面、至少是通过独立承运人运输时进行的管制，是对州际贸易进行的管制。

但据说这项被质疑的法律并不规制彩票的州际运输，但是通过惩罚那些涉及运输的人，国会实际上已禁止了这种运输。至于实质上或根据商业用途为贸易客体的货物的州际运输，国会被赋予的权力不是去禁止，而仅仅是规制。此观点被博学的律师在法庭上认真地予以了强调，因此必须加以考察。……

我们已经说过，彩票的州际运输构成了州际贸易，因此对这样的贸易进行规制属于国会依据宪法所获得的权限之内。我们是否有足够的理由认为，一项实质上是禁止该项货物的州际运输的条款不是一种规制此种商贸的适当的方式呢？如果以州际贸易的方式进行的彩票运输，是一项国会可能承认并对其行使权力的行为，那么有没有可能其必须容忍这种运输，而只能对其运输的方式予以规制？或者，难道国会不能为了保护全国人民并基于管理州际贸易的权力，在宪法允许且不禁止的范围之内，设制这些将此种运输排挤出州际贸易的方法吗？

在决定某些情况下能否采取禁止或具有禁止效果的形式进行规制的问题时，不能忽视1895年5月2日法案意图禁止的州际运输的性质。……在其他案件中我们已裁定，那些从立法中获得的进行博彩业的授权，尽管是出于金钱的考虑，但仍然不受宪法合同条款的保护。理由是，没有一个州可以出售自己保护公共道德的职权，也不能借口自己已通过立法承诺不如此作，而豁免自己未能履行公共职权的责任。……

如果一州在考虑于其境内制定禁止博彩业的法律时，可能正确的看到了如此筹集资金所带来的种种罪恶，那么有权管理州际贸易的国会，又为什么不能规定这些贸易不能被州际彩票运输所败坏呢？……

但又有主张说，如果国会为了禁止彩票的州际运输就可以将彩票排除在这样的贸易之外，那么这项原则必然导致这种结论，即国会可以专断地将任何货物、商品或物品排除在州际贸易之外，而不论其种类、性质、用途或价值，即它可以出于任何动机，选择宣布这些商品不能在州与州之间进行运输。当我们必须考虑此种立法的合宪性时，我们需要足够的时间。本案并未要求法院宣布国会在管理州际贸易时享有的权力的全部界限。不过在此我们可以重申本院已经陈述过的意见，即国会管理州际贸易的权力，尽管是全权的，但并不意味着是专断的，因为它服从于宪法所规定的界限或限制。因此，这项权力不能用于侵害通过该手段所保证或保护的权利。很难想象，可能存在着具有如上述反对意见所陈述的倾向的立法，进而与国会被授权管理州际贸易所要实现的目标相违背。但是，正如通常所说的那样，权力滥用的可能性并不是反对其存在的理由。任何政府权力都可能被用于损害公共利益。如果国会的做法明显的逾越了权限，那么本院就有职责去裁定其行为非法而且对人民无约束力。但如果国会的做法合于权限，而仅仅是不明智的或有害的，那么补救的措施已由首席大法官马歇尔在 *Gibbons v. Ogden* 一案中提出。他说："国会的智慧与明辨、他们与人民的同一性以及他们的选举人在选举中所具有的影响力，是在本案中及在其他很多情况下，例如宣战时，能够依赖的、以保证国会权力不被滥用的惟一限制。在所有的代议制政府形式中，这是人民通常可以依赖的惟一的限制措施。"

整体的目标是如此之重要，相关的考虑所引致的问题是如此难以解答，以至于不可能正当的去制定一项规则，来预先决定基于贸易条款的每项立法的合法性。在本案中我们只能认定，彩票在选择买与卖的各州当事人之间是运输的客体……基于管理州际贸易的权力，国会可以禁止此种彩票的州际运输；具有此种目的及此种性质的立法，并未违背对国会运用所赋权力的限制或禁止规则。……

（王瑛译　王晴校）

19. 麦卡瑞诉合众国（*McCray v. United States*, 195 U.S. 27 [1904]）

继 Lottery Case 一年之后，法院认可了征税权力可以以同样的方式加以运用，但大概运用了更加摇摆和不确定的语词。1869 年在 *Veazie Bank v. Fenno*, 8 Wallace 533 一案中，法院维持了一项具有明显没收性质的对州发行的纸币进行的征税。不仅如此，法官们拒绝探究国会立法的动机并对征税权赋予了宽泛的解释。在 1866 年和 1902 年，国会对上色的人造奶油征税。这里没有以扩充收入为伪装，他们仅是为了增强乳制品行业的竞争力而设置该税。有争论说一些上色人造奶油含有有毒成分，但这对法院的考虑不具实质意义，因为其拒绝探究国会的立法意图。

大法官怀特（White）宣布法院判决如下：

以下的总结包括过失责任分配的主张以及论证这种分配方式应予维持的详细内容。这些主张并未否认国会课征消费税的一项权力，而且承认从表面看来，被质疑的行为的目的就在于课征具有此种性质的税收，具体内容如下：

(a) 宪法赋予国会的对内征税权是基于筹集资金的目标，因此对上色人造奶油的征税是无效的。因为这项税负是如此繁重，很明显国会征税的目的不在于筹集资金，而在于压制被征税货物的制造。

(b) 对人造奶油的制造与销售进行管理的权力由各州保留，由此可推论，国会以限制上色人造奶油的制造与销售为目的而颁布的被质疑的法案是无效的。因为其侵越了由各州保留的权力，进而超越了宪法授予国会的权限。

(c) 进一步的理由是，尽管国会在行使被授予的征税权时可以运用一切恰当的方式，但一项税收的税率定得如此之高以至于限制了被征税货物的生产，这并非一项为达到合法目的而行使的正当手段，因此超出了征税权的范围。……

为避免混淆和重复，我们将对这些不同的主张分别予以考察，因此我们先来确定，法院在衡量国会制定有争议的法律的权力时，对国会的动机或目标在多大程度上可进行司法审查。在我们审查动机或目标的权利问题得到判断后，我们将在涉及目标与动机的正确规则的指引下处理这些主张。

尽管作为我们成文宪法的成果之一，政府的司法部门被赋予神圣职责以执行宪法并进而在合理提交的案件中判决一项权力的特定表现是否超出了宪法的规定权限，但从政府建立以来，并没有例证使一部处于授权范围内的立法，仅因为所涉宪法权力的运用在司法的意见看来不明智或不公正，就被宣布违宪。宣布这样的原则无异于宣布在我们的宪法体系内，司法部门不仅有责任维护宪法，同样亦有责任纠正其他部门在运用其权力时所可能产生的滥用。这样的主张将会推翻在立法、司法与行政部门之间设定的、构成我国制度基础的根本区分，是司法权力的僭越行为。……

当然，正如已提到的那样，对于另一政府部门受错误的动机或目标所驱使而并未越界的行使权力的情况，如果司法部门没有权力去限制，那么这种滥用的权力可能暂时是具有约束力的。不过，对这种情况的救济并不能依靠司法权

力对其自身职能的滥用，而应依靠人民，毕竟在我们的体制下，纠正对合法权力的滥用必须依靠人民。……

既然已证明国会颁布这一法案的动机或目的将不被审查，那么我们将在完全排除基于目的或动机的各种考虑之后，审查那些认为被攻击的法案超出了国会权限的主张。

1. 毫无疑问，在判断某特定的法案是否处于授权范围之内时，应考察该法案的范围和效力。将该规则适用于被攻击的法案，那么很明显，从其表面来看他们课征了一项消费税。如果这就是法案的必要范围与应用，那么可推论出这项法案处于权限范围之内。反对意见是基于这样的主张，即尽管这项税收是在权限之内的，但由于执行它会摧毁或限制上色人造奶油的制造，所以这项征税的权力就不能被认可。但这无异是说，对权力的质疑并不是基于宪法的授权，而是基于这项合法权力的行使所导致的后果。

正如所有相关的判决指出的那样，既然宪法授予的征税权除了在宪法中明文规定之外没有限制，那么只要一项税收处于权力范围之内，这项权力的行使就不应由于其行使的后果而被司法权力所限制。反对意见所基于的主张曾在 *Knowlton v. Moore*, 178 U.S. 41 一案中被强调，但被驳回。……

2. 另一主张认为，即使一项征税行为处于权限范围内且未与任何宪法明文规定的限制相冲突，法院仍可以该项税收过高为由而认为其无效。这一主张将依据迄今引用的案例中的明确意见予以解决。试重述其中一个案件的语言为证（*Spencer v. Merchan*），即“司法部门并不能为立法部门设置其运用权力的界限。尽管征税权的应用可能会给人们造成沉重的负担，但立法机关并不对法院负责，而是对选举其成员的人民负责”。……

3. 尽管毫无疑问，宪法第五和第十修正案在其适用的范围内限制了宪法的所有条款，但这些修正案中并没有任何撤销宪法赋予国会的征税权的规定。这个问题的反对主张是基于这样的理论，即国会在运用其无可置疑的权力时的目的与动机可能受到法院的审察，这种主张也因此可以依据对此问题已进行的论述得到驳回。

位于赋权范围之内的国会征税权，除宪法的限制外就是不受约束的，因此选择课征消费税的客体显然是国会的权力。由此可推论，在权力的运用中不可能引致法律的正当程序问题，因为国会只是选择对上色人造奶油而非人工上色的天然黄油课证消费税。司法权力不能为了控制立法部门对其合法职权的履行而僭越它的职能。这在从 *Treat v. White*, 181. U.S. 264 一案观点的摘录中予以了贴切的表明。

但有人强调，上色人造奶油与人工上色的天然黄油在本质上和效用上是同样的，由此可推导出，仅对上色人造奶油而不对人工上色的天然黄油征收消费税是对第五修正案正当程序条款的违反，因为既然两者间无明显的区别，国会的立法就是对一种商品而不对另一种予以专横征税的行为，尽管二者本质上属于同一种类。为了争论的必要，即使承认第五修正案的正当程序条款将避免在没有任何分类基准时，国会滥用征税权对一项货物征税而将同一种类的另一项货物排除，那么这种观点也与手头的案件根本不相关。人工上色的天然黄油与看上去像黄油的上色人造奶油之间的区别已在本院以前的判决中阐明。……实际上，在涉及的案件中，这两种产品的区别被认为是如此的明显，人造奶油经

过上色后可诱使公众相信它是黄油的这一特性被认为是如此的重要，以至于使法院认为，彻底禁止上色人造奶油在本州境内制造的州立法行为并未违反十四修正案中的正当程序条款。既然已经认定这两种产品的区别是如此之大以至于使禁止上色人造奶油的生产具有了正当性，那么主张两者的差异——极端的看来——不足以使对两者的区分正当化的观点也就失去了基础。

4．最后，我们来考察这个论点，即尽管作为一项普遍规则，这项处于争议中的税收，从其本质来看处于国会的权力范围，但在本案中，这项税收由于其效果而不应被认为处于权力范围之内。这基于这样的主张，即这项税收是如此繁重以至于可以摧毁这个人造奶油上色以模拟黄油的行业，它因此剥夺了这种商品的制造者们参与合法竞争的自由，无视宪法规定的权力分立。该税法是无效的，因为它侵犯了那些每个自由政府都有职责捍卫的基础性权利，而这些权利理应属于默示的尽管仍然是潜在的保证，或在某种程度上应受到第五修正案正当程序条款的保护。

为了考察和论证，我们先承认这项主张赖以建立的事实前提。此外我们亦为此承认，尽管国会对这项特殊权力的运用不受宪法的明示条款所限制，但如果此项权力的滥用如此严重以至于摧毁了任何自由政府都不能持续侵犯的基础性权利，那么显而易见，司法部门有责任基于这样的假设——即宪法已通过必要的暗示予以禁止——来宣布这些行为无效。

但这些让步在本案中并不起决定作用。这要结合我们重申过的人造奶油经人工上色后看上去像黄油这一特征。如前所述，本院已作过结论性的判决，即这种商品所具有的使公众误认其为黄油而购买的这一特征，足以使各州运用管制权彻底禁止这种商品的生产而并不违反十四修正案的正当程序条款。由此可得出结论，尽管这项有争议的税收的确压制了上色人造奶油的生产，但并不能说这种压制就侵犯了任何自由政府都不能侵害的权利，因此亦不存在上述主张得以建立的基础，即司法权力能够以救济这种不可侵犯的权利为理由而启用宪法的默示禁止条款。同样的考虑亦适用于处理以第五修正案为理由的观点。正像我们所说的那样，该条款并没有撤销或明示地限制宪法授予国会的征税权力。从这一点可推出，也正像我们以前宣布过的那样，即使某时在司法的观点看来，国会在行使权力的过程中有滥用行为，例如课征一项不明智或过于繁重的税收，或这项税收执行的结果将间接影响到不属于国会管理权限范围内的事项，司法部门也没有权力去废止一部国会因行使征税权而颁布的法案。

我们承认，假如在一项呈堂的案件中，征税权力的滥用达到了如此极端的程度以至于逾越了我们在前面宣布过的原则，而且在司法观点看来显然并非为了税收，而仅为了侵害在宪法赖以建立的自由与公正原则下不应被侵害的权利，那么法院就有责任去宣布，这种专断的立法不仅是对授权的滥用，而且也是对权力的逾越。不过，对这一点的承认正像前面的让步一样，必然对本案的判决没有影响，理由已如上述，即上色人造奶油的制造可以被一个自由的政府所禁止而并不构成对基础权利的侵犯。……

（王瑛译　王晴校）

二、战争与言论自由

（一）征兵与战争权

（二）反战与言论自由

（一）征兵与战争权

1. 选择征兵法诉案（*Selective Draft Law Case*, 245 U.S. 366 [1918]）

在一场大规模的战争中也许募集武装部队的权力要算最为基本的权力了。宪法第1条第8款即赋予了国会此种权力但并未就强迫服军役的权力作以规定。在美国内战期间，征兵引发了广泛的不安，甚至一些国会的反对，但当时并不存在对其合宪性的检验。然而，1917年5月的选择征兵法却立即受到了法院的质疑，认为国会缺乏征兵的权力而这一法令意味着非自愿的服役。尽管一战期间国家权力的扩张经常分化法院内部的意见，本案中的反应却是有力和一致的。

大法官怀特（White）宣布法院判决如下：

取得制定法律的权力应当在宪法授予国会权力的条款——国会有权“宣战……征兵和供养军需，但此项用途的拨款期限不得超过两年；……制定管理和规制陆海军的条例”（第1条第8款）——中得到反映。与其他被赋予的权力一样，这些宪法条款所赋予的权力无疑同时意味着，具有将使前述权力成为必要与适当之法律付诸实施的权力。

正如一支没有人组成的军队是难以想象的，仅从宪法表面认为其没有给予提供此类人员的反对意见是轻率和经不住推敲的。有人称根据原订的宪法既然州的公民资格是基本的，联邦国籍是派生和依附性的，那么对国会所授的组建军队权只是与联邦国籍同样范畴的且不可以被强制执行，否则就使国籍失去其依附性而支配了州的公民资格。但这种主张只是简单的否认了宪法国会的组建军队权。宪法条文所授予的权力是至高无上的（第6条）。这种主张所称的宪法授权而又因为其在联邦下的各州而无法保有，这事实上不过是攻击了立法者们的智力。而且这一主张认为征集自愿入伍者并不否认提供军队权，只是其不能引申出向公民施加强制军事义务的权力。这种观点挑战了所有的权力，因为一项既无制裁性又必须依赖于其公民同意方可实施的政府权力并非实质意义上的权力。对上者它也许会说，尽管抽象地讲是正确的，但事实并非如此。强迫服军役为一个自由的政府所反感，并且与宪法对个人自由的所有重大保证相冲突，因而组建军队权应限制为依赖于公民在公众需要也即战争之时愿意履行义务来召集。但是这一主张缺乏基础甚至没有丝毫余地以建立其结论。让我们看看是否可立即驳倒他。毫无疑问一个公正政府的概念及其对公民的义务本身就包含公民在必要时提供军事服役的相对义务和政府的强制权。（Vattel：Law of Nations, Book Ⅲ, c. 1&2）。考虑到几乎所有有效的立法都产生该结果的客观情况，在表达这种主张之外还要有所作为显然并不必要。

在脱离英国前的殖民地，关于强迫军事服役不被质疑的，且在许多情形下此权力具有实际效果。确实，政府的答辩状中包括了一系列殖民地法案的目录，超过200件，表明该等权力及其实施的存在，并且这种情形在独立后依然存在。从邦联条例来看国会确实没有此项权力，而是限定于号召各州提供组建维持军队的武装力量，各州有其定额。各州在认为必要时响应号召，使其公民强制服兵役这一点倒是无可争议的。事实上公民提供军事服役的义务及违背其意愿强迫为之的权力在至少九个州的宪法是明确规定的……国会要求一些州执行强制权征兵的决议以及华盛顿向国会发出的要求各州依赖征兵完成定额的热切要求，表明有些州有时怠于行使权力实现定额的情形是存在的，但这一事实证明而非质疑了这种权力的存在。不履行义务并不能用来否认这项义务的存在。

当初制定宪法公认的必要性之一，即在于国会需要组建军队权及当时其依赖于各州完成定额。除授权国会组建军队，宪法禁止各州未经国会同意在和平时期及战时保有军队，很明显法律力图赋予其全部权力而不给与各州。

因而，基于宪法条文、基于与此相关的基本原则之重要性的考虑，基于这一权力在许多文明国家的承认和付诸实施，基于独立前殖民地及邦联时期的各州及宪法制定以后政府的权力与实践，我们被要求审查的那种主张该法案超出了国会的宪法权力，明显缺乏法律依据。

最后，因为我们难以找到理论的依据认为：人民代表机构宣战后，政府要求公民履行其最高的神圣义务以保卫国家权利与荣誉的行为，违反了第十三条修正案不许非自愿服役的禁令，我们只有得出结论，对这一主张不予支持。

维持原判。

（姜卓译）

（二）反战与言论自由

2. 斯耐克诉合众国；贝尔诉合众国（*Schenck v. United States, Bare v. United States*, 249 U.S. 47 [1919]）

第一次世界大战后爆发的所谓“赤祸”（red scare）引发了抵制运动。而最高法院所起到的推波助澜作用与其在南方重建后出现的剥夺黑人权利运动中发挥的作用大致相当。最高法院特别强调，采取镇压手段对付激进的政治活动是可行的。尽管少数法官表达了不同意见，但并未引起共鸣。在后来关于言论自由的争论中，无论是自由主义者还是主张采取压制措施的人士都引用了霍姆斯原则。在下面的案件中，霍姆斯（Holmes）代表全体法官发表了意见。他试图协调政府防止颠覆活动的必要性与第一修正

案的要求两者之间的矛盾。这一案件的结果就是确立了著名的“明显而现实危险”标准。

大法官霍姆斯（Holmes）宣布法院判决如下：

本案的公诉包括三项罪名。第一项：密谋违反1917年6月15日《间谍法》。包括以下行为：在合众国与德意志帝国交战时，引起以及企图引起合众国陆军、海军抗命不遵，并且阻碍合众国的征兵活动。详言之，诸被告通谋印制并散发材料（已呈堂）给按照《间谍法》征召入伍的人员。控方指称，该材料蓄谋引起上述抗命以及阻碍行为。被告并被指控为实施上述密谋，从事了诸多公开的行为，直至完成对上述呈堂材料的散发。第二项：密谋实施一项反对合众国的犯罪。详言之，使用邮件寄送《间谍法》第2章第8项禁止邮寄的物品，即上述材料。控方并指控被告为实施密谋而从事了公开行为。第三项：违法使用邮件寄送上述材料。被告全部罪名成立。他们援用宪法第一修正案向本院提起上诉，该修正案禁止国会制定任何减损言论自由、出版自由的法律。在上诉中，他们还提出一些其他意见，对此，我们必须给予答复。

上诉意见称，本案证据，即使可被法庭采纳，也不足以证明被告斯耐克参与了寄送材料的行为。在证言中，斯耐克声称自己是社会主义党的总书记并负责管理该党的总部（而材料就是从此处寄出的）。他确认在该处发现的一本工作簿是社会主义党执行委员会的会议记录。该记录显示，1917年8月会议通过了一项决议，决定印制15000份传单，以寄送给符合征兵条件的人员并用于散发。被告使用的传单其中一面早已印有内容，新内容系印刷在背面。斯耐克亲自过问了印制过程。8月20日总书记的报告说：“从印刷商处获得了新的传单并开始在信封上书写地址。”另有一个决议显示斯耐克同志领取了125元用于寄送传单。他供认让人印制了大约15000—16000份传单。在内间办公室里存有汇订在一起的传单。据斯耐克供认，这些传单系印刷在单面传单的背面并储存在那里等待散发。经证实，其他传单已邮寄给征召入伍人员。即使不考虑已经证明的具有确认效力的案件细节，任何一个理性人都不会怀疑斯耐克在传单的散发过程中发挥了作用。至于被告贝尔，有证据显示她是执行委员会的成员而且委员会活动的记录就是属于她的。被告辩称缺乏充分证据显示被告密谋寄送上述材料。但该辩论只能有损于辩护的严肃性。

本案的涉讼材料在最初印有文字的一面引述了第13修正案的第1款，并指出《征兵法》违背了该修正案体现的理念。该材料还声称服役人员的境况与一名罪犯相差无几。该材料使用了煽动性的语言，指称征兵行动是专制政体最丑恶的表现以及违反人性的滔天罪行，只有华尔街的一小撮人受益。它呼吁：“不要屈服于威胁”，但至少在形式上，该材料仅主张采取和平方式，例如发动废除《征兵法》的请愿活动。在后来印制的一面，被告使用的标题为“主张你的权利”。并指出，无论任何人拒绝承认“你对征兵表示异议的权利”，那么他都违反了宪法，材料还阐明了主张这一观点的原因。它接着说：“如果你不主张、不维护你的权利，那么你不啻在帮助他人拒绝并蔑视所有合众国公民与居民负有神圣义务加以保全的权利。”它还表示，只有狡诈的政客与唯利是图的资本主义新闻业才会持相反的观点，即使对《征兵法》表示默认也等于在支持

一项无耻的阴谋。它否认政府有权派遣我国的公民去海外屠戮其他国家的人民，并声称任何言词都无法表达对这一冷血行为的谴责。材料最后说："你必须为保全、维护并支持我国人民的权利尽你的一份义务。"显然，如果被告没有使上述材料产生某种效力的故意，那么就不会从事寄送行为。在我们看来，除了意图影响有服役义务的人员以图阻碍征兵活动的实施外，被告的行为不存在任何其他目的。被告并不否认陪审团可能在这一点上作出不利于他们的事实认定。

但被告辩称，即便假定传单具有上述倾向，它仍受宪法第一修正案的保护。据称，两句最强硬的措词分别引自著名的公众人物……我们承认在正常情况下，在许多地方，被告表达传单所载内容的行为属于其宪法权利的范畴。但是每一个行为的性质取决于行为人实施该行为时所处的环境……如果一个人在一家剧院假报火警而引起恐慌，那么即使最严格地坚守言论自由原则，该行为人也无法得到保护。甚至不能为某人颁布禁令，保护他具有暴力效果的言论。

……在每一案件中，问题都是：使用的言词是否处于某一特定的环境中并具有足以引发"明显而现实的危险"的性质从而将导致国会有权防范的重大罪行。这是一个关于迫近性与程度的问题。当一个国家处于战争状态时，许多可以在和平时期宣讲的东西会对国家的行动产生巨大的阻碍作用。只要战争在继续，这种宣讲行为就无法被容忍，任何法院都不会认定该行为受到宪法的保护。似乎已获承认：如果经证实，行为人对征兵活动实施了真实的阻碍行为，那么应追究行为人因宣讲具有阻碍效果的言词而应承担的责任。1917 年法第 4 章不仅惩罚已经实施的阻碍行为，同时也惩治密谋实施阻碍的行为。如果行为（宣讲或者散发传单），其表现出的倾向以及实施该行为的动机具有同一性，我们认为仅有既遂才构成犯罪的说法是毫无根据的……

（姜卓译）

3. 阿伯拉姆斯诉美国（*Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 [1919]）

霍姆斯的"明显与现实的危险"公式很快就被发现具有相对性（如果不是难以把握的话）。在 Abrams 案中，被告被指控散发小册子，批评美国对西伯利亚的干涉并呼吁军火业工人进行总罢工。涉讼的小册子的主要内容是为布尔什维克革命辩护并充斥溢美之词。被告被提起公诉并被判决违反了战时间谍法令。最高法院维持了有罪判决。大法官克拉克（Clarke）代表多数法官发表了意见，将"明显与现实危险"要求扩展为所谓"不良倾向"标准（bad tendency test）。他写道："如果某人从事的行为可能产生某种后果，那么他必须被判定具有产生该后果的故意并对其承担责任。"在本案以及随后 10 年内其他类似的联邦法院案件

中，克拉克对"明显与现实危险"原则的解读被证明更具影响力。霍姆斯则代表本人与大法官布兰代斯（Brandeis）发表了颇具说服力而且生动感人的不同意见。

大法官霍姆斯（Holmes）的意见：

我从未发现有任何理由质疑本院在 *Schenck*，*Frohwerk* 与 *Debs* 案中对提出的法律问题作出的正确裁决。我从未怀疑，如同教唆谋杀行为应受到惩治一样，合众国对引发或意图引发"明显与现实危险"的言论进行惩罚是合宪的，如果该言论将招致合众国依照宪法有权加以防范的某些重大罪行。毫无疑问，这一权力在战时要大于和平时期，因为战争状态下要面临诸多其他时期并不存在的危险。

然而，无论是面对战时独有的危险，或是面临其他危险，关于言论自由权的原则永远是不变的。只有罪行发生的危险具有现实性且迫在眉睫，或者行为人具有引发罪行的故意时，国会才有权限制意见的自由表述，但同时不得影响到私权（private rights）。显然，国会无法禁止所有为改变国人意见而付出的努力。在目前的状态下，没有人会认为，仅仅由一个无名小卒鬼鬼祟祟地散布一份愚蠢的传单，就足以引发如此现实而迫近的危险：传单的观点将会阻碍政府武装力量的胜利或者具有任何可以觉察到的发生上述效果的倾向。然而，如果发布那些意见正是为了达到上述阻碍意图，那么这种行为可能标示着较大程度的危险，并且至少具有了犯罪企图的特性……如果这一企图获得成功必须依赖他人的行为，那么行为人的阻碍故意就成为必备的要件，因为如果缺乏这种故意，行为人的目标即使实现也不必然导致政府力图制止的罪行。阻止对俄国革命进行干涉的意图即使获得成功，也可能不会对我们所从事的战争产生阻碍。

我认为，任何人都无法在被告的言论中发现法令所要求的故意。第二份传单甚至是指控的惟一依据。这份传单并未引述第一份传单描述的德国军国主义对俄国的仇视，显而易见，传单贯穿始终的惟一目标就是帮助俄国并阻止美国实施干涉行为，对抗受到人民拥护的政府，而不是阻碍合众国从事战争。有人可能主张，被告的两句言论依其字面意思，可以被解读为建议人们采取对战争具有干涉作用的行动，而这就是该言论具有的间接的、行为人可能未期望的后果。但在我看来，无论如何，这都不足以显示行为人具有引发该后果的意图。

本案被告仅仅因为散发两份传单就被判刑 20 年。而我相信，与政府有权散发（被告曾毫无意义地求助的）美国宪法一样，被告也有权散发上述传单。即使我在法律技术上犯有错误，而且从可怜而孱弱的无名小卒口中榨取的东西足以改变法律试纸的颜色。（我再补充一句）即使被告已经显示了我认为必需的故意，在我看来，被告应受到的最高惩罚也只能是仅具象征意义的刑罚，除非被告不是因为公诉书所指控的罪行而是因为其宣扬的信念受到惩治。我认为，如果行为人真的有此信念，那么这种信念只是表现出无知与幼稚，而在本案中，我毫不怀疑，被告真的有此信念。但在处理公诉方提起的各项指控时，任何人都无权考虑该信念，尽管它已被作为本案审查的对象。

对意见表达实施迫害在我看来是完全合乎逻辑的。如果你对自己行事的前提与权力没有任何怀疑，并且真心实意地追求某一特定的结果，你自然会在法

律中表达你的意愿而排除所有反对意见。如果允许反对言论的存在，那么要么是该言论苍白无力，好像一个人吹嘘他做成了一件根本无法做到的事；要么你并非全心全意地期盼预定的结果；要么你对自己的前提或权力产生怀疑。然而当人们意识到，时间的流逝最终推翻了许多不断抗争的信念，他们终于会相信（这种信仰要胜过对自己行为依据的信仰）思想的自由交流更有助于通向人们期望的终极的善。检验真理的最佳标准是看某一思想是否具有足够的力量以在竞争的市场中获得认同，而只有建立在这一真理的基础之上，人们的愿望才能够顺利实现。归根结底，这就是我们的宪法理论。这是一种实验，正如人的一生就是一种实验。每一年（如果不是每一天的话）我们都不得不进行一场赌博，将自身获得拯救的机会系于依靠不完美的知识而获得的某种预言上。尽管前述实验是我们制度的一部分，我想我们仍然应该永远保持警惕，防止某些意见因受到我们的憎恶且被确信为毫无生命力而被禁止表达，除非这些意见对实现法律的正当与迫切的目的构成迫在眉睫的威胁，而只有立即采取压制措施才可以挽救国家。有人认为，第一修正案认可了普通法上有关煽动性诽谤（seditious libel）的制度，对此，我完全不能同意。这一观点缺乏历史根据。我认为，多年以来，合众国一直在为1798年的《煽动叛乱法》表示忏悔，其表现就是偿还了依该法判处的罚款。只有在紧急状况下，不对邪恶的念头采取矫正措施将导致迫近的危险，下列具有普遍意义的要求才可以不被恪守："国会不得制定……减损言论自由的法律。"当然我的上述观点只是针对意见表达与规劝行为（exhortation），这就是在这里要说的全部。但是我很遗憾，我无法用更具感染力的语言表达我的信念：由于法院认定被告的罪名成立，被告享有的合众国宪法权利被剥夺了。

（姜卓译）

4. 吉特洛诉纽约州（*Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 [1925]）

在红色恐惧时期，为数不少的州制定和扩张了多种措施来抑制政治激进主义。本杰明·吉特洛（Benjamin Gitlow）被指控违反了纽约州刑法中有关无政府的条款。最高法院又一次地以多数接受了明显而现实的危险标准，从而支持这一指控。大法官桑福德（Sanford）认为不可能指望州以"宝石匠天平的精确平衡"来估量每一个"革命的火花"的分量 但本案最重要的方面在于最高法院几乎是偶然地宣布了根据第十四修正案，第一修正案的保护条款也适用于州。从而，Gitlow案标志了最高法院自19世纪在Slaughter-House案和*Hurtado v. California*一案的判决中所体现的一贯立场的转变。

大法官桑福德（Sanford）宣布法院判决如下：

本案的严格问题，以及根据复审令状我们审查的惟一问题是，州法院在本案中适用和解释的制定法，是否剥夺了被告的表达自由，从而违反了第十四修正案的正当程序条款。

州的这一立法没有设定对出版和发表抽象的“理论”或不对任何具体行为有煽动性的学术争论的惩罚。它的意旨不在于反对纯历史或哲学性的文章，也不限制以合乎宪法和法律的手段来改变政府形式的主张。它所禁止的是鼓吹、宣传和煽动以非法的手段推翻政府组织的言论。这些言论激励行动。《世纪词典》对鼓吹定义如下：“1. 辩护、支持和赞许的行为；积极的支持。”它所指的不是制定法予以谴责的以非法手段推翻政府组织的抽象“理论”，而是为达成此目的而行动的号召。……

《宣言》（由吉特洛及其共同被告出版）显然既不是抽象理论的表述，也不是律师所说的，只是关于工业骚乱和革命性的集体罢工会自发导致经济制度必然演变的一个预测。它以炽热的语言鼓吹并挑动集体行动。这样的行动将渐变为煽动工业骚乱，并通过政治性集体罢工和集体行动推翻并破坏议会制政府组织。《宣言》以对行动的号召作为结束：“如今，我们为之奋斗的无产阶级革命和共产主义社会必将来临……共产国际号召全世界无产阶级进行最后的斗争！”这不是哲学抽象概念的表达抑或对未来事件的预测，这是直接的煽动。

《宣言》所号召的破坏议会制政府组织的手段，例如，篡夺地方政府职权的大规模产业造反，反对议会制国家的政治性集体罢工，完全颠覆议会制国家的革命性集体罢工，都意味着必然使用武力和暴力。因此，在一个法治的和有序的宪制政府内这本质上就是不合法的。陪审团一定会发现《宣言》不止是以武力、暴力和不合法手段推翻政府的抽象理论，而且是为此目的的行动。

就本案而言，我们可以也的确认为，言论和出版自由——它受到第一修正案的保护使之免遭议会侵犯——属于第十四修正案正当程序条款保护的以防各州毁损的基本人权和“自由”。关于言论自由，第十四修正案没有给州附加任何限制。为此，我们不认为 *Prudential Ins. Co. v. Cheek*, 259 U.S. 530, 543 [1922] 一案中的附议是解决本案的关键性因素，因为此案认为：第十四修正案没有对州附加任何关于言论自由的限制。

长久以来确认的一个基本原则，即是宪法保护言论和出版自由并不意味着赋予了言论和出版的绝对权利，即人们想怎么干就怎么干，而无须负任何责任；也不意味着颁发了毫无限制的执照，即对语言的任意使用都予以豁免，并禁止对滥用自由的人施加惩罚。

州在动用它的治安权的时候，可能用它来惩罚那些滥用言论和出版自由的人，他们发表有害于公共福利、侵蚀公共道德、煽动犯罪及破坏公共和平的言论，但这毋需讨论。……

并且，出于更必要的原因，州可能惩罚那些动摇政府组织之根基，威胁以非法手段推翻它的言论。它们威胁了州之宪制政府的存在。大法官斯托里（Story）说，言论和出版自由并不保护那些有损公共和平和试图推翻政府的言论，它也不保护那些图谋颠覆政府或阻碍其履行职责的出版物和教材……它不保护那些鼓吹以武力推翻政府的出版物，它惩罚那些发表文章旨在破坏对于保障自由和稳定不可或缺的有序社会的人。州有权惩戒那些公开宣扬以暴力和非

法手段推翻美国及其州政府的代议制和宪政制度的言论……简而言之，言论和出版自由并没有剥夺州自我保护的首要和基本的权利。只要人类政府存在，这些权利就不可能被否决。……

通过该制定法，州的立法机关决定，宣扬以武力、暴力和非法手段推翻政府组织的言论危及全民福利且有导致恶果之虞。这些言论是如此有害，以至应受到治安权的惩罚。这些立法必须谨慎从事。每一种预设都有利于该制定法的效力……案件须被置于“州是保障公共安全和福利所需规制的首要的裁定者”的考虑之下。至于维持治安，“惟有制定法成为专横地、不合理地行使州为公共利益之需所赋予权力的手段时，才可被宣布为不合宪”。（参见 *Great Northern Ry. v. Clara City*，246 U.S.434、439.）煽动以非法手段推翻政府组织的言论，构成了导致实际恶果的充分危险，因此显然要归于立法自由裁量权的制裁范围之内。这些言论，就其本质来说，对公共和平与安全造成威胁。它们威胁和平并最终引发革命。这种即时性的危险是真实而具体的，因为某一言论的效果并不能被事先精确预计。我们不能要求州以“宝石匠天平的精确平衡”来估量每一言论的危险性。一个革命的火星可能引发火焰，潜伏一段时间，即可能酿成不可收拾的火灾。我们不能说州在决断采取哪些必要的手段去保护公共和平与安全时，它的行为就是独断而不合理的，它只是试图扑灭火星，而不是任其引发火焰酿成火灾。我们不能要求州延缓采取措施保卫它的和平与安全，直至革命性的言论导致了对和平的实际破坏和颠覆国家的即时性危险，而是，州应当可以运用自己的自由裁量权，消弭危险于萌生时期。……

我们不能认为这一法律专断而不合理地运用了州的治安权，从而不正当地侵犯了言论与表达自由。我们必须且确实地支持它的合宪性……

Schenck 案中的总结陈述……即“每一案件的问题在于在此语境下运用的具有这一特性的词语是否足以造成实际的恶果”——这是被告的主张所倚重的——正如上下文所表明的那样，这一结论仅适用于这一类型的案件，而不能适用于诸如目前案件的案件。在这里，立法机关已预先设定某一类型的言论会有导致现实恶果的危险。……

（王笑红译）

5. 惠特尼诉加利福尼亚州（*Whitney v. California*, 274 U.S. 357 [1927]）

切洛特·艾妮塔·惠特尼（Charlotte Anita Whitney）是大法官菲尔德（Field）的侄女，她被指控违反了加利福尼亚州刑法之有关工会主义的规定。她被起诉的行为是协助并参加了加州的共产主义劳动党组织。该组织申言推翻现有政府。不出所料，最高法院支持这一指控。赞同霍姆斯（Holmes）观点的大法官布兰代斯（Brandeis），宣读了他的附议，在附议中他重申并扩展了霍

姆斯的观点以及当前案件中的危险原则。布兰代斯认同证据要充分到足可提出指控。但他认为制定法宣称对言论和集会的限制是因其主张的危险性，是一个“有待商榷的假设”。

大法官布兰代斯（Brandeis）的附议：

毫无疑问，第十四修正案的正当程序条款既适用于实体法也适用于程序法，尽管在我看来，与此相反的观点也颇具说服力。既然所有冠以“自由”的基本权利被置于联邦宪法保护之下而使之免受州的侵犯。言论自由的权利、教学和集会的权利、当然属于基本权利……它们不能被拒绝亦不能被剥夺。然而，尽管言论和集会自由是基本权利，它们并不是天然绝对的。若为保护州免遭颠覆及政治、经济和道德上的严重损坏之故，须对这种自由附加特定的限制，则这种权利的行使就要受到限制。除非言论会造成或意在造成显然的和即时的实际恶果，而这种恶果是州合乎宪法应确实加以制止的、否则，关乎其合法性的必要性即是不存在的。……

据称判断在一定时期、一定情境下，某一宣扬工会主义的团体的建立和组成是否构成了可引起实际恶果的明显而现实的危险，是立法机关的职能。因而，加利福尼亚州制定了本案涉及的法律，对此作出肯定……最重要的是，立法机关必须判断，需要采取积极措施的危险是否存在。然而只有在符合一定条件制定法才是有效力的，制定法的制定本身不能自身有效性的基本事实。禁止性的立法经常被证明是无效的，因为其中对自由的不必要的拒绝仅仅适用于特定事项。法院行使权力推翻触犯众怒的法律，往往该法律涉及的利益是言论和集会自由等基本人权，而不是财产权。

本院并没有设定明显的危险的判定标准，去判断危险有多近或多远，以及在何种程度上，恶果将被视为充分实在的以致诉诸剥夺言论和集会自由作为保护的手段成为正当。为得到有关这些问题的可靠结论，我们必须牢记为何州通常被拒绝拥有禁止社会、经济和政治的理论传播的权力，这一权力被其大多数公民视为错误且伴随着恶果。

那些为我们赢得独立的先辈相信，国家的终极目的在于使人民自由地发展其才能，并且，政府将谨慎、不专断地行使权力。他们视自由既是目的也是手段。他们相信自由即幸福之真谛，勇气即自由之奥秘。他们相信思你所欲、言你所思是发现和传播政治真理的不可或缺的手段。若没有言论和集会自由，争论将流于空泛。他们认为争论足可以提供充分的屏障阻挡有害的理论的传播，自由的最大威胁是没有行动力的人民。他们认为公开的争论是政治的责任，且它应成为美国政府的基本原则。他们意识到一切人的制度都有危险。但他们深知仅仅利用人们对违反将遭到惩罚的恐惧并不能保障秩序。他们认为贬抑思想、希望和想象力是危险的，恐惧导致压抑，压抑滋生仇恨，仇恨威胁政府之稳定。他们认为安全的路径在于自由谈论冤情和救济的机会，适当的救济可救济错误的法律。出于对公共讨论中理性力量的信任，他们弃绝了法律压制下的沉默，视之为法律最糟糕的力量。考虑到偶尔会有的占统治地位的多数的暴政，他们修正了宪法以确保言论和集会自由。

仅仅是担心严重损害并不能使压制言论和集会自由正当化。（这种行径犹

如）人类（男人）恐惧巫婆而烧死妇女。言论的功能在于为人类解脱非理性的恐惧的束缚。要证明压制言论自由是正当的，就必须提出合理的证据说明言论自由会导致严重恶果，说明担心的危险是即时的、说明要阻止的恶果是严重的。所有对现有法律的谴责多少会造成违反它的概然性的增加，对违反的赦免又会加强可能性。对违反表示认同也会增加这一概然性，通过宣扬工会主义滋生犯罪心态亦然。鼓吹违法的做法让这一概然性上升的更快。但即使鼓吹违法，尽管要受到道德上的谴责，也不应成为拒绝给予言论自由的正当理由，因为这种鼓吹尚未达到煽动的效果，没有什么能证明它会立即起作用。我们须谨记鼓吹和煽动的巨大差别，这差别犹如预备之于未遂，聚集之于共谋。为了断定危险是明显而现实的，必须证明即时的严重暴力正是言论所期望的和鼓吹的，抑或可以合理确认发生的行为这是言论当时所预期的。

那些为我们赢得独立的先辈并不是懦夫，他们不对政治变化心怀恐惧，他们不以自由为代价巩固秩序。对于那些相信在民众的政府中所贯彻的自由而无畏的理性力量的人来说，源自言论的危险不会被视作明显和现实的。除非煽动导致的恶果如此急遽，以致不容充分的讨论它就发生了。如果有时间讨论其欺骗性和荒谬性，通过教育来防范它的侵害，那么要应用的救济方法就是广泛的言论，而不是强制的沉默。只有在紧急情况下才可压制言论自由，这必须成为法院的规则，如果它想遵循有关自由的规定。在我看来这是宪法的命令。因而，美国人民永远有权去质疑一项没有表明紧急事由而剥夺言论与集会自由的法律。

进而言之，甚至是即时的危险也不能构成的正当理由，禁止这些对有效的民主至关重要的功能，除非随之而来的恶果相对严重。对言论和集会自由的禁令如此苛刻，因而不能用它来防范一个于社会而言相对轻微的危害。治安措施可能是违宪的，仅仅因为这种方法虽是有效的保护手段，却过度严厉和暴虐。所以，在行使治安权时，州可能将任何侵害视为犯罪，而不管其后果或意图或目的。它也可能惩罚侵害未遂、共谋和煽动侵害。但本院不能认为如下制定法是合宪的，它把自愿组成一个社团的行为当作重罪来惩处，（例如）而这个社团旨在告诉行人有道德上的权利去穿越没有围墙的、没有公示的或荒弃的土地，即使这种宣扬有导致侵害的即时的危险。言论有可能导致一定的暴力和对财产权的破坏，这一事实并不能成为压制它的正当事由，必须要有严重危害州的可能性。对于自由人，通常的阻止犯罪的方式是针对违法行为的教育和惩罚，而不是对言论和集会自由的权利的剥夺。……

（王笑红译）



三、战后复兴中的重商倾向

（一）抑制劳工

1. 海尔姆诉达金哈特（*Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 [1918]）

这一判决预示着二元联邦主义和针对某些方面的政府管制进行司法反抗的复苏。由五比四微弱多数的法官组成的多数派认为1916年的联邦童工法是违宪的。多数派费尽心机、转弯抹角地试图将联邦童工法同与其相似的一些法律区分开来，因为这些法律被确认为是联邦贸易管制权的有效运用。大法官戴伊（Day）坚持认为检验标准是某种本质上是有害的东西之一，即从商业中排除出去的必须是本质上有害的。因而彩票、掺杂的食品、娼妓和被盗的汽车都是“有害的”，但由童工制造的产品并不是本质上有害的。霍姆斯（Holmes）法官对此表示了异议，他对多数派的意见的逻辑性进行了质疑并讽刺地指出“文明国家”早已对“雇佣早熟和过多的童工的罪恶”达成了完全一致的意见，而美利坚合众国到现在还在情绪激动的对付麻醉剂和一些其他的东西。

大法官戴伊（Day）宣布法院判决如下：

有人认为本院判决的一系列案件确立了以下原则：赋予国会管理的权力中附带着禁止一般商品流转的权力，因此这一问题不用讨论。这些案件所证明的却恰恰相反。它们有赖于所处理的特定主题的特性以及这样的事实：政府权力的范围，无论是州政府还是联邦政府，它们拥有的权力是这样的，即禁止的权力对它们来说便是管理的权力的运用。

这些案件中的第一个案件是所谓的 *Lottery* 案，此案中本院认为国会可以通过一项法律，效果上保持商业渠道，但不允许在促销彩票计划（在州际间）运输彩票。在 *Hipolite Egg Co. v. United States* 案中……，本院支持国会通过纯净食品和药物法案的权力，该法案禁止不纯净食品和药物通过州际商业的方式进入各州。在 *Hoke v. United States* 案中……，本院支持了所谓的“白奴交通法案”（White Slave Traffic Act）的合宪性，由此在州际商业方面禁止了为了卖淫的目的运送一名妇女。在我们已谈及的那个案件中，涉及国会的权力，在其管理权下，为了保护州际商业的渠道：

“如果拒绝提供州际交通的公共设施能够减弱彩票造成的道德沦丧的不良后果，降低淫秽作品的影响，防止牛或人的疾病传染，禁止不纯净的食品和药物的传播，那么同样拒绝提供公共设施也能够减弱在妇女的卖淫和堕落中的系统的引诱和奴役。这一引诱和奴役尤其在女孩方面，具有更多强制性。”……

在每一个例子中，使用州际交通都是实现其有害的结果的必要条件。换言之，尽管在州际交通之上的权力是可以去管理，但这种权力仅在禁止使用州际

商业的公共设施去达到罪恶的目的时才真正实现。

在本案中这一要素是欠缺的。这一制定法想要达到的目的，是拒绝向各州那些雇佣了处于禁止工作年龄的孩子的制造商提供州际商业的公共设施。此法案实际上并不管理州际交通，而旨在制定一年龄标准，在各州中处于这个年龄标准之中的孩子可以被雇佣来开矿和从事制造业。运输的物品本身是无害的。此法案允许在这些物品出厂三十天后自由运输。当已做好运输的准备，并在运输开始之前，童工关于产品的劳动就结束了。只是它们预计将要被在州际商业中运输的事实并不能将童工生产的产品这一问题置于联邦商业管理权的控制之下。……

对于州际交通以及其附属事务来说，国会的管理权是足够的。但以州际商业的目的而生产物品则属地方管理的事项。……

假如在相反的情况下，所有为州际运输目的的制造业都将会置于联邦控制之下，以至于从各州拥有的权力中实际上分离出去，这一结果是当初宪法制定者将管理州际商业的权力授予国会时当然未预见到的。……

有人进一步主张，因为在其他州中地方立法已承认使用这种童工的罪恶并由此在州际产品方面规定了比它州更严格的雇佣童工的权利限制，由此在这些州中此类商品的销售业绩降低，因而国会的权力应被运用到控制童工制造的产品的州际商业运输方面。换言之，由此导致的不公平竞争，可以通过对一些州的制造商关闭州际商业的通道的方法来控制，既然这些州的地方法律并不符合其他州所拥有的被国会视为更公正的标准。

但这并没有授予国会任何要求各州运用其治安权去禁止可能的不公平竞争的权力。许多原因结合在一起，使得一个州因为其地方法律和其特有状况而获得优于其他州的经济优势。商业条款并不打算授予国会一普遍的权力来平衡这些不同状况。在一些州内已通过了妇女最低固定工资的法律，在另一些州内地方法律对各种各样行业的妇女的工作时间作了规定。在这些州内从事商业可能较其他没有此类管制规定的州有经济优势，但理所当然，这一事实并不能授予国会权力拒绝向那些从事商业活动的人提供以州际商业运输的，尽管他们所进行的商业中尚无制定已在其他州适用的、受到国会赞同的关于劳动时间和妇女工资的固定标准。

在州际商业方面授予国会的权力使得它能够管理此类商业，但并未赋予它权力控制各州行使其管理地方贸易和制造业的治安权的。

针对一个纯联邦事务而授予的权力并不是旨在摧毁地方权力，这种地方权力始终存在并由宪法第十修正案谨慎的保留给各州。……

所有人都赞同，为了儿童的利益和公共的福利，应当对在采矿业和工厂中雇佣童工的权利加以限制。人们在这类雇佣需要管制这一点上已达成了共识，这可由当事人的辩护律师进行的下述陈述证明：在美利坚合众国的每一个州内都有关于这一问题的法律，对雇佣童工进行限制。在北卡罗来纳州，就是本案所涉及的雇佣工厂的所在地，任何不到十二岁的儿童都不被允许工作。

此类法律需要统一看起来可能容易接受，但我们的联邦政府只享有列举的权力。正如首席大法官马歇尔（Marshell）在 *McCulloch v. Maryland* 案中宣称的那样，“这一原则是举世公认的”。……

在对宪法进行解释时，不可忘记的是联邦是由受托掌握地方权力的各州组

成的。对各州和人民来说，没有明确的授权给联邦政府的权力是保留给各州的……各州以这类法律来管理纯属其内部事务的权力是本身固有的，对地方权力来说是明智的，并且从未被拱手让于联邦政府……

在我们看来，这一法案带来的必然结果是，通过禁止州际商业中的普通商业物品的流转，规制各州内工厂和采矿业的童工的劳动时间这一纯属各州权力的范围的事务。由此这一法案在两方面同宪法背道而驰。它不仅超越了授予国会关于商业的权力，而且行使了处理纯属地方事务的权力，超越了联邦权力的范围。支持这一法案将产生的有深远影响的后果，没有比指出这一点更能使人明白的了：如果国会因此而通过禁止州际商业中的商品的流转，来管理已委托给地方权力管理的事务，那么所有的商业自由便将终结，并且各州在地方事务上的权力将会消减，最终我们的宪政体系实际上会被摧毁。

基于这些理由我们认为这一法律超越了宪法授予国会的权力。……

（喻莉译）

2. 贝利诉德瑞克嘉尔家具公司（童工税案）（*Bailey v. Drexel Furniture Co.* [*Child Labor Tax Case*], 259 U.S. 20 [1922]）

在最高法院基于商业条款宣布童工法无效的一年后，国会制定了一个法案对童工制造的产品进行征税。国会明确地将 oleo tax 案作为足够的先例来证明其行为的合法性，但最高法院仍然用有偏见的目光看待联邦童工法。然而在童工案中，很难辨明有任何对联邦治安权的重大限制，不管联邦治安权是基于商业管理权还是基于税收征管权。这些判决后来被证明是反常的和落伍过时的。

首席大法官塔夫脱（Taft）宣布法院判决如下：

这一法律受到抨击是基于这样的理由：它对各州内的童工雇佣进行了管制，而这一问题在联邦宪法下属州的专有排它的职责，并处于宪法第十修正案保留给各州的权力范围内。支持这一法律则基于下列理由：它只不过是美利坚合众国国会基于联邦宪法第八章第一款授予的广泛的征税权而征收的一种执照税。我们必须解释这一法律并从其用语中阐明国会的意图和含义。对于该法中的这些词语应当采用它们的普通含义，除非上下文表明它们不同于普通的用法。该法是进行征税，而仅仅是因为税收而不可避免的带来了附带的限制和管理的吗？或者它是将所谓的税收作为惩罚方式来进行管制？如果是税收，很明显是执照税。如果它是对商品和其他有价值的东西征税，那么就不允许我们援引本院以往的先例，即仅从它施加的沉重负担来推断出该法的目的是禁令而不

是税收。但是该法不仅仅是如此。它对背离它指定的详细的商业经营做法征收沉重的苛捐杂税。这种商业做法是在采矿业和采石厂雇主雇佣童工必须年满十六岁，在制造厂和工厂里雇主雇佣童工必须年满十四岁，并且不允许未满十六岁的童工在制造厂和工厂中一天工作超过八小时或一周工作超过六天。如果雇主背离这一指定的商业做法，那么他将要付给联邦政府一年商业纯利润的十分之一。这一数目并非同其背离这一商业做法的程度和频率成正比，而是用这种绝对的方法来决定雇主付给政府的数目，不管雇主是雇佣了五百个童工工作一年还是仅雇佣一个童工工作一天。而且如果雇主不知道童工在规定的年龄限制内，他就不必付税。也就是说，仅在他明知而故意违反指定的商业做法的情况下，才强迫其支付。故意是同惩罚相连的而不是同税收相连的。雇主的工厂不仅经受着财政部（通常事管着征税的部门）的税务官员的随时检查，而且经受着以增进和保护工人福利为其通常的职责劳工部部长以及其部属的随时检查。根据该法的这些特征，任何一个法院都可看出所谓的征税实际上是阻止雇佣在指定的年龄限制内的儿童。它的禁止性和管理性结果和目的是一目了然的。其他所有人都看到并理解这一点。我们怎么能对其完全视而不见呢？

在通常提交到法庭上的案件中，拒绝确认和强制执行由国会制定的表面形式上的法律正是本院的重要职责和功能，这些法律处理了未委托给国会处理、而是被具有最高效力的联邦宪法保留给或交托给各州控制的事务。我们不能逃避职责，即使它要求我们拒绝执行为增进最高的利益而设计的法律。用违宪的方法寻求的利益有一种阴险的特征，因为它驱使主观上有良好意图的公民和立法者一心去促进这种利益，而不考虑它在我们契约的方舟内造成的严重侵害或因其打破公认的准则而造成的损害。一方面地方自治政府的维持，另一方面联邦权力的存在，使我们国家得以持续和繁荣将近一个半世纪。

出于对一个联邦政府中的平级机构的法案的有礼貌尊重，本院已做出极大的让步去支持这类的税收法案，即使本院有理由从税负之重来怀疑它的目的是摧毁它管理的事务。但在目前这个法案中，有效的推定不能奏效，因为正是从它自己的条文的字面意思中找到了相反的证据。假设该法有效，那么此后国会为了试图将一切关系公共利益的大量事务（对于这部分事务各州从未放弃对其的管辖权，并且已由宪法第十修正案保留给各州）接管到它自己的控制之下，国会所要做的就是制定一个详尽的法案对这些事务进行彻底的管理，并以对违反它的行为征收所谓的税款来强制执行这一法案。赋予“税收”这个词如此的魔力，将会毁掉国会权力之上的所有宪法性限制并完全地消灭各州的自主权。

有时很难界定税金和罚金之间的区别，然而在运用它们所需的不同征收方式时，这种区分的结果常常是很重要的。在权力主体制定了一个有权既征收税金又征收罚金的法律的情况下，客税产品和纯粹的管制之间的区别可能是不重要的。但当一个权力主体基于一个法律仅能征税，而依据另一个法律才能行使其管理权时，就不是那么一回事了。偶尔在立法机关的自由裁量权下对适当的事务进行的征税，首要的目的是从中取得收入，附带的意图是通过持续不断的负担来阻拦这些事务的发展。它们并未因其附带的目的而丧失其作为税金的性质。但是在所谓的税金的惩罚性特征延展到丧失了它作为税金的性质，而变成了作为管理和惩罚的典型特征的罚金时，它也到了生命的时限。在我们面前的法律便是这种情况。尽管国会并未使得雇佣合同无效或明确的宣称在所提及的

年龄内的雇佣非法，但它以正式通过不法行为的标准以及把它的主要后果强加在违反标准的人身上的方式，实际上已显示了它的这一目的。

在我们面前的这个案件与 *Hammer v. Dagenhart* 案并没有区别。……

在本案中，国会用一个名义上是征收税金而实质上是征收罚金的法案，企图达到同一目的，因此其结果同样是无效的。

对 Dagenhart 案的分析是一目了然的。国会在州际商业的权力，在其正当的范围内，如同国会的征税权一样是绝对和不受限制的，这一权力以及在行使这一权力时立法机关的意图都是免受司法的怀疑和审查的。然而在国会威胁要停止像交通事务一样令人愉快的普通和必需品的州际商业，并用威胁拒绝将州际商业交通提供给一州的人民的方式，来强迫他们服从国会对州的事务的管理的时候，本院认为这实际上不是管理州际商业、而是管理各州事务，因而是无效的。

基于上述理由，我们必然认为童工税法是无效的，因而维持地区法院的判决。

（大法官克拉克（Clarke）持异议。）

（喻莉译）

3. 查爱斯诉柯锐甘（*Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312 [1921]）

在20世纪的头20年中，组织起来的工人致力于反对法院的禁令。然而这些阻碍裁决的努力都失败了，而且禁令的数量急剧增加。在1941年，工人相信已可从克莱顿反托拉斯法（the Clayton Anti-Trust Law）中获得救济。但是克莱顿法的含义非常模糊，足以对其做各种各样的解释，在1921年的两个案子，*Duplex Printing Press Co v. Deering*, 245 U.S. 443 案和 *American Steel Foundries v. Tri-Cites Trades Council*, 254 U.S. 443 案中，最高法院判定次级抵制（secondary boycott）仍然是非法的。而且联邦法院的衡平管辖权也是相同的。一些州也已试图为工人提供救济。1913年的亚利桑那州的一项制定法禁止以禁令对抗和平的游行。在下面的案子中，查爱斯对此法提出质疑，因为该法在他的财产受到威胁的案件中拒绝给予他衡平法上的救济。查爱斯认为这样的结果是未经正当法律程序便剥夺了他的财产。并且因为禁令也适用于并未卷入劳资纠纷的人，他便被剥夺了法律的同等保护。塔夫脱（Taft）的观点中表达出的自信和确信是相当令人迷惑的，因为在此案中，最高法院分裂成五比四的意见相左的两派。霍姆斯（Holmes）在其意见中，极力反对多数派运用宪法第十四修正案来“阻止公众愿望的一部分社会改革的实行”。

首席大法官塔夫脱（Taft）宣布法院判决如下：

原告的商业经营是一种财产权，雇员、雇主和顾客能够自由地进人、到达他的商店是附属于财产权的一种权利。共谋故意侵害其中的一个或两个权利构成侵权。一致行动将构成共谋，如果其目的是非法的或者其使用的方法是非法的……造成损失的故意和实际造成的损失是一目了然的。此处重点的问题是其所使用的方式是非法的吗？对被告所作所为的事实陈述就能够消除关于这个问题的疑问。对原告、他们的商业以及他们的顾客的诽谤性攻击以及强加给他们的漫骂式绰号是明显的侵权行为。表达出这些诽谤和诬蔑，是为了达到劝说原告的顾客和潜在的顾客自制不去光顾原告的商店这一目的。被告带着宣扬原告不公平的横幅，在原告的营业时间内，在靠近主要街道的餐厅前面以及在原告的经营场址前五天之内持续的来回游行。纠察队员在餐厅的入口，他们整日持续不断的喧闹地呼吁，一再重复地传播对雇员、原告和顾客的诽谤和有侮辱性的称谓，并且威胁要对潜在的顾客不利。所有这些连接在一个运动中，构成了对自由进入原告的商业场所的非法骚扰和致人损害的妨碍。这并非是合法的劝说或劝诱。这绝非是以简单的陈述罢工事实和请求不予惠顾来恳请有同情心的潜在顾客的帮助。这是强迫每一个顾客或每一个潜在的顾客遭受最令人不安的宣传、最有攻击性和恼人的强求、诽谤式的攻击，使其恐惧可能的有害后果、即对他们在社会上的名望和地位的不法打击。难怪一个价值五万美元的商业经营缩小到它以前规模的四分之一。暴力已经不能更有效了。这是通过不合法的骚扰和妨碍构成的道德上的强制。由此很明显构成共谋。……

一个使得原告的诉状中描绘的违法行为成为合法的法律，未经正当程序便剥夺了所有者的商业和其财产的场址。因而依据宪法第十四修正案不能被裁定为有效。……

要注意到的是，这并非仅仅是一个和平的次级抵制的案件，法院一般将和平的次级抵制区别于违法行为，而各州也对其采用了不同的制定法条款。这种次级抵制是多数人联合起来在特定的一个人的商业上伤害他，且使用的是威胁将给予第三方以同样的伤害的方式强制第三方违背他们的意愿停止惠顾该人的商业。在这样的一个案件中，在分别考虑每一行为的情况下，多数人有取消同特定一个人交易的合法权利，有取消同第三方交易的合法权利，也有权告知第三方他们打算这样做。在这类案件中的问题是，用自身合法的措施对第三方施加道德上的强制使其卷人原先的纠纷中去，是否是一个合法的不公正。但是在本案使用的手段的非法性是毫无疑问的，并且是极其重要的。所使用的手段是对原告的声望和名誉进行诽谤和谩骂式攻击，对他们的雇员和顾客做类似的威胁，在他们的商业场所的人口来回走动和纠察，以及阻碍通往那里的自由通道。所有这些都旨在剥夺原告的商业经营。在这样一个制定法下使用这样的非法手段导致的严重损失实际上是毫无救济可言的。我们认为，要实施这一制定法就是无视自由和财产这些基本的权利，就是剥夺了遭受损失的人享有正当法律程序保护的权利。……

这使得我们考虑宪法第十四修正案的那一条款在本案中运用的结果，该条款禁止任何一州拒绝给予任何人以法律的公平保护。在修正案中这一条款是同

正当程序条款联系在一起的，一般人们习惯于将它们一起考虑。它们可能会重叠，违反了其中的一个有时也意味着对另一个的违反，但是它们所提供的保护的范围并非是完全一致的。正当程序条款其源头可上溯到大宪章，出现在早期的州宪法中，后来又出现在联邦宪法第五修正案中用来限制联邦政府的行政、立法和司法权。而平等条款（Equality Clause）并未出现在宪法第五修正案中，因而也并不适用于国会的法律。正当法律程序条款要求每一个人都应得到在法庭上他应得的保护，都应享受一般法律带来的益处：在这一法律之下定罪之前必须有听证，法律的程序不是专断或变幻无常的，而是建立于调查的基础上的，必须在审判之后才做出裁决，以使得每一公民在管理社会的一般法则下都能拥有他的生命、自由、财产和豁免权。（*Hurtado v. California* 110 U.S. 516, 535）正当法律程序条款当然往往也会在一定意义上保证法律的平等性，它为每一个人的生命、自由和财产的权利制定了一个必须的最低保护标准，国会或立法机关都不能拒绝给予。我们整个法律体系是基于平等适用法律这一一般的基本原则。“所有人在法律面前一律平等”，“法治的政府而非人治的政府”，“任何人不得超出法律之上”，都是体现了这种精神的格言。即人们希望立法机关、行政机关和法院以这种精神去立法、执法和司法。但是这一修正案的制定者和批准者并不满足于仅仅依靠正当法律程序条款确保的最低标准，或是依靠地方民意的可能不主张的平等精神。因此他们用一种特殊的保障来包含这一精神。

一方面，这种保障将矛头对准过度的特殊优待和个人或阶级的特权。另一方面，它把矛头对准恶意的歧视或不平等的压迫。它寻求的是对所有人的平等对待，即使所有人都已享受了正当程序的保护……因此这种保障不仅仅是为所有人取得平等保护，而且要反对对所有人一刀切式的对待。实际上只有保护确实实行时才称得上是保护。授予一个阶层以豁免，尽管是有限制的豁免，也会造成剥夺其他阶层人身权或财产权的结果，尽管被剥夺的也是有限的权利。就像豁免是有利于一个更大阶层或权利的剥夺允许对抗一个更大的阶层一样，这种对一个阶层的豁免很明显是对后一个阶层的平等的法律保护权的剥夺。

根据平等条款的含义，不可避免的要得出下列结论：根据被告所依仗的亚利桑那州（修正）制定法汇编的 1464 节的条款，正如最高法院已经解释的那样，原告已被剥夺了法律的平等保护。……

（喻莉译）

4. 阿德金斯诉儿童医院（*Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 [1923]）

当 1923 年最高法院庄严地援引 Lonchner 案判决和所有关于契约自由的巧辩，来推翻哥伦比亚州一项联邦妇女最低工资法时，那些认为该判决已被驱逐到历史垃圾箱里的人们万分震惊。

没有人比纯粹保守立宪主义者——首席大法官塔夫脱(Taft)更加惊愕。正如他在反对意见中陈述的那样，他坚信 *Bunting v. Oregon* 一案已推翻了 *Lochner* 案判决。*Bunting* 案虽仅在加班工资方面认可了最低工资标准，但同年意见分裂的法院以势均力敌的状态维持了关于妇女最低工资的俄勒冈州(Orgen)的一项制定法(*Settler v. O' Hara*, 243 U.S. 629)。大法官萨若兰德(Sutherland)在下面表述的多数派意见中，费劲地努力区分最长工作时间和最低工资的立法。霍姆斯(Holmes)像通常一样抨击最高法院的偏见，表达了他的异议。然而，塔夫脱(Taft)的反对意见在对多数派的逻辑和矛盾批评中更有意义。

大法官萨若兰德(Sutherland)宣布法院判决如下：

目前在审议的制定法受到抨击的理由，是它允许对契约自由的违宪干涉，而契约自由是包含在宪法第五修正案的正当程序条款的保障范围内的。对自己的事务有缔约的权利，是此条款保护的个人自由的一部分，关于这一点，本院的判决已有定论，无需再论。……

雇佣合同也在这种契约自由之内。一般而言，在订立此类契约时，双方都有平等的权利通过私人的讨价还价，从对方处取得他们能得到的最佳条款。……

当然并没有绝对的契约自由。它还要受到种种限制的约束。但是契约自由仍然是一般的原则并抑制例外；只有在存在特别的情况时，行使立法的权力来剥夺它才是正当的。在本案中是否存在这些特别的情况是我们要回答的问题。回顾那些支持干涉契约自由的判决并考虑它们所依据的理由对达到这一目的很有帮助。

(1) 那些涉及极大影响公共利益的商业收取固定价格和费用的制定法的判决。现存有许多案件，但举出 *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 一案就足够了。在该案中干涉契约自由的权力基于以下事实：当财产提供给公众使用时，物主就实际上赋予了公众一种利益，即在使用这一财产时为了公共利益，公众可以对其施加以与该利益相当的控制。这是基于下列原则：即这些制定法已经得到广泛支持，并在其通过时可能已然在公众中知名，因此它们即使对原先存在的合同造成偶然的、有害的或破坏性的影响，也得到支持。……在本院审理的该案中，该制定法在其可能影响到的任何事务中，都并不依赖任何影响到的商业中的公共利益的存在，因而上述此类案件可以因其不适合于本案而不予考虑。

(2) 关系到执行公用事业的合同的制定法。*AtKin v. Kansas*, 191 U.S. 207 案；*Heim v. McCall*, 239 U.S. 175 案；*Ellis v. United States*, 206 U.S. 246 案。这些案件支持了这些制定法，并不是基于变更私人合同的权力，而是基于政府对准许为其所做的具有公用特征的工作设定条件的权力，比如在一个州为其市民而做的市政事业。因此，同样我们也可以因这些判决不适合于本案而不予考虑。

(3) 规定支付工资的特征、方式和时间的制定法。在这个主题下包括：*McLean v. Arkansas*, 211 U.S. 539 案，该案支持了一个州法案，要求煤在筛分之前必须先用来计量矿工的工资；*Knoxille Iron Co. v. Harbison*, 183

U.S. 13 案，该案支持了泰尼斯州的一项法案要求以现金清偿在支付工资中发行的商店代购券；*Erie R. R. v. Williams*, 233 U.S. 685 案，该案支持了一项法案，管制在某些特定工业中的应当支付给雇员工资的时间期限；其他的案件也支持了类似含义和效果的制定法。在受到维持的制定法中，有一项法案是关于雇主或雇员的自由，固定一方愿意给予的而另一方愿意接受的工资数量。它们的倾向和目的是阻止在工资支付中的不公平和可能存在的欺诈性方式。它们决不可能被称为是固定工资的制定法或者为固定工资的制定法构成一个先例。

（4）固定工作时间的制定法。正是在此类法案中存在着最大的争论，并且因为这类案件最接近于适用于本案涉及的制定法的原则，我们应当更详尽的考虑它们。在某些情况下，制定法限制在特定行业中男性的劳动时间，在另一些情况下它也同样明确地适用于女性。尚无引起本院注意的其条款规定适用于所有行业的制定法。在 *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 一案中，本院审查了犹他州的一个限制采矿和冶炼业中工资时间的法案。该制定法基于治安权的合法行使而被维持，其理由是：立法机关已断定，如果长期从事这些特殊的工作将有害于雇员的身体健康，并且因为立法机关的断定确有合理的理由，立法机关在这个方面的决定就超出了联邦法院的司法审查权的范围。

这构成了该判决的基础，并在后来的 *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 一案的判决中得到强调，该案审查了一项州制定法，该制定法将在面包业中所有雇佣工人的工作时间限制到每天十小时。本院参考了上述 *Holden v. Hardy* 案的先例，并宣称该判例的情况不适用，从而认定该项州制定法违宪，因为其不合理、不必要以及武断地干涉了契约自由，并因此基于宪法是无效的……

本院后来的判例有别于 *Lochner* 案判决，但在 *Lochner* 案那里陈述的原则从未被否定……

随着我们的诉讼的进行，目前我们正在审查的制定法的本质性特征便显现出来，正是这一本质性特征使其区别于固定工作时间的法律。现在有充足的理由指出后者同我们在第（3）段中提及的制定法一样，都是处理对合同的实质即支付和接受工资的数量，并无必然性影响雇佣事务的。禁止超出指定时间工作的法律使得合同双方都能自由地就工资事项签订合同，并由此基于工作时间限制而对雇员承担的额外负担给予补偿。只有在长时间持续工作会有害于健康的行业中才能行使固定工作时间的权力，关于这一点的论述已经够多的了。在出现这个问题的每一个案件中，本院已然谨慎地基于立法机关管制工作时间的有限制的权力来作出判决，并否决任何支持固定工资法案的企图，由此对固定工作时间的制定法同固定工资数额的制定法作了本质性的区分。很明显上述提到的这些判例，都并未为任何形式的确定最低工资的法案提供真正的支持。

如果现在，根据前述提及的禁止对契约自由进行立法干预的一般原则的例外，我们对讨论中的制定法进行审查和分析，就可以发现在任何实质性方面它同前述四种例外法都是不同的。它不是处理涉及公共利益或公用事业的任何事务的法案，也并不是要对付暂时的紧急状况。它同支付工资的特征、方式和时间期限没有任何关联。它并未规定工作时间或工作条件。它并不是要保护法定的无行为能力人，也不是要阻止欺诈。它只不过是排他性的限价法案，明确地表示适用于成年妇女（因为我们现在并不考虑同未成年人相关的条款），这些成年妇女同男

子一样有为自己订约的法定能力。为了对雇主施加惩罚，即使其结果可能是强迫一方放弃其想达成的协议，或可能是强迫另一方不雇佣其想要的雇员，它也禁止合同双方拥有在价格方面互相自由订约的法定能力，而这是一方在一个纯粹的私人雇佣中能够向另一方提供服务所必需的，在这种雇佣中双方都是自愿的，甚至可能是急于达成协议。委员会固定的价格与雇员的行为能力或赚钱能力、每天可能的工作时间、其工作场所的特征、工作环境都没有任何关联；并且除了假使固定的工资数额是雇员的必需外，并无其他支持其有效性的理由，它并不考虑妇女可能拥有的其他任何独立资源。它完全基于委员会成员及其顾问的意见（如果他们恰好并未达成共识的话，则将按照他们意见的平均值），即什么对于妇女的谋生、保持身体健康和维持正常的精神状态，是必需的。它适用于这一州的任何和每一种行业，无论其工作的性质和特征。……

比起其他制定法来说，正是该制定法的特征将其本身贴上了无效的标签。其特征是它为了并基于一个同它自己管理的事务、合同、或雇员从事的工作并无因果关系的目的，将一个武断的工资数额强加于雇主。正如我们指出的那样，其宣称固定工资数额的根据不是提供服务的价值，而是雇员得到一笔规定数额的金钱，来确保她的肉体和精神上的生存这一无关的情况。任何工人、男工或女工，要容许他们获得谋生的工资的道德权利。行业组织的声明的和重要的目的之一就是确保这项权利。对于这一原则和事实上使人明白认识这一原则的立法努力，任何人都无可非议，但计划达到这一目的的方法的谬误，是它假定无论如何每一个雇主都必须提供这项权利。暗含在每一个雇佣合同中的道德要求，即所要支付的工资数量和所要提供的服务相互之间应当是一种公平的等价关系，被完全忽略了。雇员的需要被单独考虑了，并且这些需要是来源于雇佣的外部原因，当不存在雇佣关系时也一样存在这些需要，并且它们在一个行业中需求的程度与其他行业相同。可以确信的是，雇主对提供给他的服务给予以公平等价的工资，虽然不足以维持雇员的生活，也并没有导致她的贫困。相反，雇主通过支付的工资已经减轻了她的贫困。在原则上，出卖劳动力的情况同出卖货物的情况并无不同。如果有人去肉店、面包店和杂货店去购买食物，按道理说他有权得到与他付出的金钱等值的物品，但他无权得到更多。如果他得到的同他付出的等值，仅仅因为他需要更多而要求更多就不是正当的理由。并且在交易中公平和诚实买卖的店主，对于他的顾客的必需并无特殊意义上的关注义务。如果一项制定法准许授予一个委员会这样一种权力，即决定个人生活所必需的食物的数量并要求店主提供不少于固定的最小量的食物数量，只要在任何情况下店主将食物卖给个人的话，那么毫无疑问这一制定法将无法通过违宪审查。支持这类制定法有效的观点的谬误将很快就能暴露。支持我们现在正在审查的制定法有效的观点也是同样的谬误。一项制定法，要求雇主以金钱支付，在规定的期限内支付，对于提供的服务进行支付，甚至要求雇主给予从这一服务中得到的利益相称的公平的支付，都是可以理解的。但是若一项制定法，它与上述这些因素无关，仅同外界因素相连，而这一外界因素与雇佣合同本身，受雇佣合同影响的商业和基于雇佣合同所做的工作都无关，那么很显然这项制定法是权力的赤裸裸的独裁行使，而这在美利坚合众国宪法下不可能是有效的。

一方面，有人请求我们考虑这一事实，即若干个州已采用了类似的制定法。

另一方面，也有人请求我们重视这一事实，即有三倍于这些州数量的州，可能同我们已知悉的这些州一样急于增进它们的人民的身体健康和精神健康，却避免制定这类制定法。业已提供给了我们大量赞同最低工资政策的已出版了的意见，而我们自己对其的看法是相反的。考虑立法体系是完全适当的，既然它们的意向是确定法案希望人们进行的行为和不希望人们进行的行为，但是它们对于这一制定法的有效性问题并不能带来立法上的解释，而那正是呼吁我们来解决的问题。对于这个问题的阐述，说明不能指望通过计算人数来得到援助。

据说实施这类制定法已经带来了巨大的利益，这不仅发生在哥伦比亚州，还发生在正在实施这类制定法的其他几个州。大量的报告，包括一些专业的观察员和一些这一专业的学生的观点，还有类似的东西，都摆在我们面前来支持上述说法，我们发现所有的这些都非常有趣，但说服力较弱。我们承认妇女的工资比起以前高了，在其他方面影响妇女的状况已经有了改善，但是显著地缺乏在这些合意的变化同讨论中的法案之间的令人信服的逻辑联系迹象。这些变化可能，并在相当大的程度上可能应归于其他原因。我们不能对这一众所皆知的事实视而不见，即各地所有行业中的收入都大大提高了（不仅仅是在那些有最低工资法的州中，而是在整个国家中收入都广泛的提高了），而且男工工资的提高幅度与女工相同甚至更高，超出该法案管辖的行业与该法案管辖的行业相同甚至更高。在因一般的原因导致工资达到和超过最低工资标准时，在雇佣率达到最大的时期内，对于该法案的经济价值不会有真正的测量标准；只有在经济萧条和人们为找工作而奋斗的时期，才能有真正的测量标准，那时有效率的工人的雇佣率达到最小，而不够能干的人根本就不会被雇佣。

最后，有人可能认为，如果为了公众福利，可以援用治安权来证明固定最低工资的正当性，那么在公众福利需要的时候，也可以援用治安权来证明固定最高工资的正当性。通过同样的推理过程，固定高工资的权力就意味着固定低工资的权力。如果，尽管有宪法第五修正案的保证，这种形式的法案还是应当合法地被证明为正当，那么实施治安权的领域已扩展到巨大和危险的程度。举例说，如果在未来的立法者的观点中，建筑行业的工资已经相当的高以至于阻碍了一般收入的人建造和拥有自己的家，那么支持最低工资限制的权力将会被援引用来支持建筑工人和技工的最高工资限制。而且现在一方面竭力主张剥夺雇主在宪法上的契约自由的同样观点，也会被利用来剥夺雇员在相反方面的宪法上的契约自由。一个错误的判决并不会自己终结；它是一个先例，随着判决的摇摆不定，它的恶劣影响将从曲线的一个极端走到另一个极端。

据说，现在正在审查的这种法案是社会正义的需要，为了这个目的，契约自由可以合法地受到限制。个人有按照其意愿行为的自由，即使在其根本无知的事务上他也有这一自由。这种自由不是绝对的，它往往要屈从于公共利益，可以不执行干涉权的界限既不明确也不是不可改变的，随着需求和环境的变化，它可以在没有明确界定的限度内被改变。任何固定一个严格的界限的企图都是不明智和徒劳无功的。但是，这种权力还是有限制的，而且当这些限制已经被审查通过后，法院简单的职责便是适当地行使它们的权力去做这样的宣告。支持宪法预期的个人行为的自由并不是要打击公共利益，而是要增进公共利益。因为确定无疑的是，没有比维护组成社会的成员的自由而反对武断限制、更能增进社会利益这一整体的了……

*　　　　*　　　　*

首席大法官塔夫脱（Taft）持异议。

非常遗憾在这些案件中我的观点与本院不同。

治安权的行使一越过界限便构成对宪法第五修正案和第十四修正案下保障的自由的侵犯。但划清治安权的界限不是那么容易的。本院已辛勤地在连续的案件中从事划清界限的工作。在我看来，我们必须谨慎小心，尽我们所能的去遵循这一界限，不能通过提出一个形式上而非实质上的界限去背离它。

立法机关用最低工资限制雇员和雇主之间的契约自由是基于这样的假设：即雇员，处于接受微不足道的工资的阶层，他们并不同他们的雇主一样处于完全平等选择的层面上，并且由于他们处于贫困的经济状况下，他们易于接受提供给他们的较好的任何东西，尤其是他们会屈从于残酷而贪婪的雇主的欺诈。榨取工人劳动的血汗制度的罪恶以及作为这一制度的特征的长工作时间和低工资的罪恶已是尽人皆知了。现在，我承认这是一个尚未确定的问题，即在政治经济学领域，一个要求最高工作时间限制和最低工资待遇的制定法，在多大程度上能成为这种罪恶的有效救济，以及它是否使得受压迫的雇员的情形比以前更恶劣。但是，仅仅因为宪法性法案的通过是为了实施在最高法院看来是不明智或谬误的经济观点而宣称其无效，不是最高法院的职责。

采用一个最高工作时间和最低工资待遇的要求的立法机关，它们假定认为：当无可怀疑的法律禁止血汗制度的雇主支付过度低的工资时，这些雇主仍会继续经营他们的商业，减少他们从他们的雇员的必需品中榨取的那部分利润，并且会让步，签订法律要求的对雇员来说条件更好的条款。在个人可能会产生困难的情况下，这种限制将加强雇员这整个阶层的利益（这一法律的通过便是为了他们的利益），从而增进普遍的公众利益。

在我看来，立法机关为了雇员的健康，基于宪法第五修正案和第十四修正案而限制其工作时间的权力已牢固地成立了。关于这一点，有人可能认为，这一界限已经划分出来了以至于其已成为一个明确的规则。在 *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 45 案中，这一规则运用于采矿工人，并建立在采矿业和冶炼业的恶劣工作条件的基础之上。在 *Lochner v. New York*，198 U.S. 45 案中，其判决认为，限制面包店的雇员每天工作不超过十小时是对宪法第十四修正案保障的契约自由的武断和无效的干涉。接着，自 *Muller v. Oregon*, 243 U.S. 426 案始，大量的案件维持了对妇女最高工作时间的限制的有效性……，接下来便是 *Bunting v. Oregon*，234 U.S. 426 案。在那个案件中，本院支持了一项限定工作时间的法案，该法案将在纺织厂、制造厂、制造业的商业机构工作的任何人（无论男子还是女子）的工作时间限定为每天不超过十小时……。该法案涵盖了整个工业领域的雇佣，当然也包括面包店的雇员的案件。然而在 *Bunting* 案的观点中并未提及 *Lochner* 案。任何人都无法提出在面包店的雇佣与在其他制造业公司中的雇佣的宪法性区别（这种宪法性区别可使得工作时间的限制在前者中是无效的，而在后者中这种同样的限制又是被允许的。我无法调和 *Bunting* 案与 *Lochner* 案的观点，而且我一向认为 *Lochner* 案已被推翻了。然而本院在本案的观点却为支持其结论而援引了 *Lochner* 案的观点，就像

它从未被推翻而只是有时对其有不同意见一样。的确在 *Bunting* 案中并未企图将其区分。

然而，本院在这里的观点并未以明确的术语推翻 *Bunting* 案，由此我假定本案的结论是基于在限制契约自由中的最低工资和最高工作时间的区别之上的。很遗憾在该区别的实质问题上我同本院产生了分歧。在绝对的契约自由中，这一个条款同其他条款一样重要，因为两者都是给予条款者和接受条款者所考虑的部分，对于一个的限制在实质上并不高于对另一个的限制，并且这些限制是同种类的。一个是乘数，另一个是被乘数。

如果说，有观点认为，长工作时间比起低工资对雇员的身体健康有更直接的影响，那么这方面也存在来自谨慎的观察员的受尊敬的权威意见，披露在律师诉讼答辩摘要中大量引证的报告和印刷品中，低工资和长工作时间两者对雇员身体健康的影响是同样有害的。国会采纳了这种意见，我们不能说它这么做是没有正当理由的。

我尊重本院的出色意见以及赞同这一意见的同事，但在我看来，它夸大了雇佣合同中的工资条款的重要性，使得这一条款比起其他条款来说更具不可侵犯性。看起来，它的结论是受到这种担心的影响，即对强加最低工资限制的权力的让步将必然导致对强加最高工资限制的权力的让步。我认为，这是没有根据的推论。正如在别处承认的观点那样，类似于本案中所讨论的问题之间的区别的界限是程度和实际经历的问题，它并不具完全的逻辑性。当然，很容易确定的是，在规定最低工资和规定最高工资之间的广泛的区别能够被视为是程度和实际经历的问题……

然而，在尚未表示应为成年男子制定最低工资限制的判决意见的情况下，有足够的理由说明本案涉及的仅是最低工资适用于妇女。如果我的意见是正确的，即同长时间工作会损害工人健康的观点一样，立法机关在实践中也能找出同样足够多的根据来支持它们的观点：血汗制度的工资对工人的身体和精神健康有同样巨大和直接的影响，那么我将谦恭地认为 *Muller v. Oregon*，208 U.S. 412 案的判决原则支配本案。在那个案子中被维持的法案禁止受雇于任何机械性公司或工厂或洗衣店的女工每天工作超过十小时。它涵盖了妇女工作的领域的相当大的一部分，而且本案中涉及的法案，除了委员会有权作出除外规定外，是适用于妇女的所有工作领域的这一理由，并不能使得那个案件和本案之间存在什么合理的差别的。大法官布鲁威尔（Brewer），在 *Muller v. Oregon* 案中代表本院陈述意见时，将本院的判决结论建立在妇女的身体力量的自然限制和长时间工作给她带来的健康损害的可能性上。我们后来也已有了一系列的案件，它们已建立了一个司法判决原则……

在阅读本案判决意见时，我不能确定的一点是，本院是否认为 *Muller v. Oregon* 这一判决的权威性已因宪法第十九修正案的通过而动摇。宪法第十九修正案并没有改变 *Muller v. Oregon* 案判决的依据，即妇女的身体力量的自然限制这一事实。这一修正案的确给予妇女政治权利，并进一步确定：保护妇女的立法条款将与妇女的利益一致。但我认为并不因为这一修正案，我们就有了正当的理由改变基于男女的自然差别的宪法性解释。

（喻莉译）

5. 伍尔夫装运公司诉工业关系裁判庭（*Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations*, 262 U.S. 522 [1923]）

尽管在 *Adkins* 一案中，塔夫脱（Taft）发表了自己的观点，他还是断然认可了萨若兰德（Sutherland）的观点，即契约自由是原则而对它的限制只是例外。他只是发现有关最低工资的立法构成了另外一个合法的例外情况。在下面的案件中，塔夫脱利用这个机会，对契约自由做出了明确的指引，并且细致地解决了何种行业因为受公共利益的影响可被管制的问题。案中所争议的是堪萨斯州的一个法律，该法规定特定行业中劳动关系的争议必须接受强制仲裁。在大多数地方，这种法律遭到企业和工会一致的反对。塔夫脱根据他关于契约自由和公共利益的定义，代表意见一致的最高法院，宣布该堪萨斯法律违宪。

首席大法官塔夫脱（Taft）宣布法院判决如下：

工业关系裁判庭法（the Industrial Court Law）有一个必要的前提，即代表人民的州对人民的和平、健康和安适如此关切，以至于在那些从事食品、布匹、燃料生产的人们——不论是业主还是工人不能就有关的条件达成一致时，州可以迫使他们在州的有关机构所确定的条款之下继续进行他们的业务和工作。按照州最高法院的解释，该法案赋予了工业关系裁判庭权力，使它可以允许业主或雇主退出该行业，如果他能够证明：在该确定的条款下继续进行他的业务，那么在如此重负之下他将破产。但在一般情况下这种特权只是一种假象。不满意其工资的工人也被允许辞职，但不允许他串通其同事辞职或与他人合谋诱使他们辞职。

此类限制并未改变该法案的实质——它限制了雇主和雇员两方面就其自身事情签约的权利，而此种权利是宪法第十四修正案正当程序条款所保护的个人自由的一部分……。虽然并不存在绝对的契约自由，它要受到各种限制，但是这些限制绝对不能是专断的或无理的。自由是一般原则，而限制只是例外。用立法权去限制它只在特别情形下才是正当的。（见 *Adkins v. Children's Hospital*）……

该州申辩说本案存在这些特别情形，该法并非专断或无理的。辩方律师坚称：

首先，该法宣布公众食品的准备与公共利益切身相关，*Munn v. Illions* 一案中已经确立立法机关作此宣布和对此进行管理的权力……

其次，管制影响公共利益的行业的权力，进而可包括确定工资和雇佣条件以确保营业的继续进行……

据称牵涉公共利益，从而对其进行公共管制被视为正当的行业，可分为三类：

（1）那些经公共授权其特许运营并负有明示或暗示的确定义务，应任一公众的要求提供公共服务的行业，如公路、其他公共运输以及公用事业。

（2）某些被视为是例外的职业，从很早的时期即被认为是关涉公共利益，

从英国议会或殖民地立法机关试图管制所有行业的专横立法时期持续至今，如旅店、出租车和磨坊。

（3）那些开始虽不是这样，但逐渐演变为公共行业从而需要政府管制的行业。它们已和公众有了某种特殊的关系，遂对其进行此类管制。就有关案件情形而言，业主以其企业供公众利用，使公众对于该种利用产生某种利益，因而把该企业置于与该种利益相当的公共管制之下，虽然该企业的财产仍归属业主并受相应的保护。*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 一案。……

对上述第三类所引案件的检视表明，仅仅立法机构宣布某行业与公共利益相关，并不足以证明基于此原因而企图施加的管制的正当性。宣称有对私有商业的法律地位变更和宣称一个免于公共管制的私人企业牵涉公共利益，这诸般情形都必须接受司法的审查。……

自宪法通过以来，诸如屠户、面包师、理发匠、伐木工、矿工等行业从未被认为因牵涉公共利益而使其产品价格或工资水平需由政府规章予以规定。虽然在普通法早期，“万能”的国会的确管制其选定行业的价格和工资，殖民地立法机关偶尔也行使同样的权力，但如今人们并不会仅仅因为其为公众制造商品并向公众提供商品，即把其财产或企业置于公共利用之下或与公共利益有关。上述行业即为例证。……

在上述案例中，很难确立一条实用的规则，以决定何时某一行业已“牵涉公共利益”。所有行业均要受某种公共管制，但何时公众已特别依赖特定行业以至该行业中人已把自己置于更严密的公共管制之下，则只有通过排除和纳入的挑选过程，逐步建立区分标准。……

承认某行业牵涉公共利益，并不能决定对业主私人权利的何种管制是被许可的。对旅店老板和出租车主以及其他公共行业的管制范围可能大不一样。这并不是一个立法机构可以单独决定的问题，它取决于该行业的性质、牵涉公共利益的特点和人们合理担心的权利滥用。承认某行业牵涉公共利益，并不意味着公众可以接管它的全部管理并以牺牲业主的利益为代价去运营（管制的合理程度因行业而异）。管制收费以避免垄断是一回事，管制工资是另一回事。某种行业可能因具有某种特点，只能允许对其进行第一种管制；而另一种行业，可能一方面有垄断的危险，另一方面又可能停止运营而造成灾难，这两方面都为公众所关心并使得它处于公共管制的权力之下。……

（侯青海译）

6. 斯达福特诉瓦勒斯（*Stafford v. Wallace*, 258 U.S. 495 [1922]）

在首席大法官塔夫脱（Taft）的领导之下，最高法院逐渐承认了基于商业条款的联邦管制权力。在一系列判决中，法官们确认了一些重要的法案，如 1920 年的运输法（Transportation Act of 1920）、1919 年汽车盗窃法（the Motor Vehicle Act of 1919）

和1921年装运商与牲畜饲养场法（the Packer and Stockyards Act of 1921）。*Stafford v. Wallace* 一案与后者相关，是流行于20世纪20年代关于商业条款的简要的说明。从19世纪90年代担任联邦巡回法院法官时起，塔夫脱就一直支持对联邦商业权力进行自由的解释。尽管在本案和其他案件中，无论是塔夫脱自己还是他的大部分同事都没有直接否定旧的区分生产与商业的 *Knight* 案确立的区分法，他们不断地缩减它的适用范围并形成了重要的先例。塔夫脱关于商业条款的扩张性的观点，实际上为下一年代最终废弃 *Knight* 案规则铺平了道路。

首席大法官塔夫脱（Taft）宣布法院判决如下：

《1921年装运商和牲畜饲养场法》试图管制州际商业中装运商的业务，禁止他们在此类商业中从事不公正的、歧视性的或欺诈性的活动，或者使任何人遭受不合理的偏见，或者进行任何旨在控制价格或在商业中建立垄断的行为……

法律力图确保的目标是牲畜无负担的自由流动。这种流动从西部和西南部的牧场或农场开始，经由这一地带边缘的大畜栏或屠宰中心，或以肉类商品的形式运往中西部和东部的消费城市，或仍作为活畜运往中西部和东部的饲养场和催肥中心，以备市场的进一步之需。

国会所担心的最主要的罪恶是装运商的垄断，使他们可以不正当地、专断地对作为卖方的发货人压低价格，并对作为买方的消费者提高价格。国会认为企业控制畜栏有助于达到维持垄断力的目的。国会希望借该法反对的另一种罪恶是过高的收费、双重的佣金以及价格方面的欺诈。在牲畜经由畜栏进行流通的过程中，畜栏管理者和居间人为一方以及装运者和经销人为另一方两者之间进行通谋，使上述情况成为可能……

畜栏既不是歇息之所，也不是最终的目的地。每天数以千计的牲畜被汽车或火车运来并被迅速转卖或处理，以腾出地方接受源源而来的贸易洪流。畜栏只不过是这道洪流中的咽喉地段。在这里发生的交易只是这道从西部到东部、从一州到另一州的洪流的开端。这些交易是这一运动的组成部分并必然具备这一运动的特性，因而不能从这一运动中孤立出来。居间人在这场交易中至关重要，没有他们，这道洪流就会受阻，不管他们是服务于装运商还是经销商都是如此。经销商对那些对方是东部牲畜农场主或饲养场主的交易特别重要。从这一方面来说，这些买卖不仅仅是本地的交易。它们形成了货物在本地的交换，这毫无疑问，但他们并未终结货物的流通；它们仅仅使对流通货物的私人权利发生了变化；它们不仅没有妨碍流通，恰恰相反，它们成为形成这一商品流通连续性不可或缺的一部分。牲畜的源流在西部，但为这一流通过程所有参加者周知并努力促成的最终目的地却是在中西部或东部。不管其是作为肉类产品，还是作为饲养催肥的牲畜。这是一个确定无疑众所周知的商业流程，畜栏和买卖都是这个商业流程中必不可少的因素。

因此，为促进商品从西部的牧场和农场向东部消费者的流通，该法案把全国各种畜栏视为国家的公用事业。它认为在畜栏进行着一种受全国性公共使用

影响的交易，从而应受联邦管制。此种交易在立法管制的权限范围之内毋需讨论，因为这一问题从 *Munn v. Illinois* 一案以来已得到解决……在此惟一的问题是从牲畜被接收到运走的过程中在畜栏进行的交易是否是州际贸易的一部分，或者是否能够与之相连以至于可以置于全国性的管制之下。类似的问题在 *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375［1905］一案中已被本院充分考虑。该案的判决对这一问题进行了明确而全面的阐释，以至在本案中我们除了适用该案所确立的规则，可有作为之处甚少。

Swift 案确认一项起诉书具有充分的理由，该起诉书所针对的装运商和本案所涉立法所指的主要对象几无二致，指控他们是占全国肉类商品市场主要份额的经销商的联合。……

在回答认为所指控的行为并不构成州际贸易案件的反对意见时，本院认为：

"州际贸易并非技术性的法律概念，而是一个从商业过程中而来的实用概念。如果交易从一州某地的牛群被出卖开始，预期经辗转买卖后在另一州某地结束。在实际上也确实如此，牛群只在畜栏暂留以待寻找买主，并且这是一种典型的不断重复的过程，这种流转就是一种州际的商业流转，牛群的购买不过是这种贸易的开端部分。这一点至少在一州居民从另一州卖主手中购买牛群时是真实无误的。"

在 *Swift* 一案中适用宪法商业条款是州际贸易在现代条件下自然发展的结果。人们不可避免地会认识到这一重要的中心事实，即这种从全国某地到另一地的不停息的商品流转就其本质而言属于州际贸易和对外贸易，而把州际贸易和对外贸易置于全国性的保护和管制之下，从历史上即是宪法的主要目标之一。关于这种流通，本院不愿加以孤立地考虑，并不顾及它们与州际运动之间的联系（它们是其本身构成的必需和从属的部分），通过精巧细致的检视其必需的运作和方便所带有州内贸易特点的一面，而把它们从完全的联邦管制之下分离出来，这样做只会损及宪法的上述目的。

Swift 一案的原则已成为本院解释和适用商业条款的确定规则。……

如果国会能够通过反托拉斯法对此种通谋在它们形成之后进行限制和惩罚，正如它在 *Swift* 一案中所为一样，那么它当然也可以制定规章防止其形成。国会在此补救性的立法中所表现出来的合理担心，即单独看来经常是合法的并只影响州内贸易的行为，可能会或多或少经常在反对州际贸易的通谋中被使用，或构成州际贸易不合理的直接负担，和 *Swift* 一案判决的倾向服务于同一目标：把具备类似特性的行为纳入州际贸易的洪流从而使其受联邦的管制。是什么构成经常性的行为并威胁妨碍州际贸易或对其施加不正当的负担，都在国会依商业条款而具有的管制权力范围之内，并主要应由国会来考虑面临危险的事实并决定应对的措施。在此问题上本院不会以自己的意见代替国会的判断，除非该事项和州际商业毫无关系，对州际贸易毫无影响。……

（侯青海译）

（二）战后人权诉案

7. 尼尔诉明尼苏达州（*Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 [1931]）

这是最高法院判决的第一个影响甚大的书报审查案件（censorship case）。1925年，明尼苏达州的一部法律宣布从事出版"恶毒的、诽谤性的、破坏名誉的报纸、杂志或者其他期刊"业务的人犯有扰乱罪（guilty of a nuisance），并且授权州提起诉讼以禁止此类出版。一份经常攻击市政官员的明尼苏达报纸，其指责这些市政官员允许一伙"犹太暴徒"掌管这个城市。这份报纸被起诉至法院，结果被判决停止出版。可是，在上诉中，最高法院宣布该制定法无效，因为它构成了事前限制。一时间，整个法院都接受了这样一种观念，即出版自由受第十四修正案保护，免遭州行为的审查。四位持不同意见的法官——巴特勒（Butler）、麦克雷诺兹（McReynolds）、凡·德王特（Van Devanter）和萨若兰德（Sutherland）——赞成理性人规则（a reasonable man rule），这是一个他们在州的经济规章处于争议时通常都拒绝的规则。巴特勒法官在他的不同意见中坚持认为法院应当假定"在明尼苏达存在一种使该措施正当化的情势"。

首席大法官休斯（Hughes）宣布法院判决如下：

这一制定法，由于以构成公害为由对报纸和杂志进行压制，如果它不是独一无二的，那也是非同寻常的，并且，它还引发了一些十分重要的问题，这些问题的重要性超越了卷入该特定行为中的地方利益。人们已经不再怀疑，出版自由和言论自由处在由十四修正案的正当程序条款保护的防止州行为侵害的自由的范围内。……

在维护这一保证的过程中，州为促进它的民众的健康、安全、道德和总体福利之目的而制定法律的职能也是必须被承认的。这一主权权力的界限必须总是在适当考虑到它行使的特定对象后再加以定夺……言论和出版自由也不是一种绝对的权利，州可以惩罚它们的滥用……自由，在它的每一个阶段，都有其历史和涵义。现在，要探究的是出版自由在历史上的概念以及现在要审查的制定法是否违反了这种自由的最本质的属性。……

如果我们绕过纯粹的程序细节，该制定法的实施和效果实质上就是，公共当局可以将一份报纸或杂志的所有者和出版者带到法官前面，指控其从事了出版诽谤性的、破坏名誉的出版物的业务——尤其是含有指责公共官员失职的出版物——并且除非这一所有者或出版者有能力且愿意提出令法官满意的有效证据证明这些指责是真实的，将其出版是出于善意的动机和正当的目的，否则，他的报纸或者杂志就会被取缔，继续出版就会作为藐视法庭（contempt）而受

到惩罚。这就是审查的实质。

问题是一部制定法在限制出版上规定这样的程序，是否与历史上认可和保证的保护出版自由的概念相一致。如若要判断宪法保护的范围，人们一般（如果不是普遍）都是认为这一保护的首要目标是要防止对出版进行事前限制。在英格兰，这场斗争直指许可证颁发者的立法权，从而导致废除出版审查。这一被认为已经确立的自由在布莱克斯通（Blackstone）那里是这样描述的：

出版自由确为一自由国家之本质所必需，但这在于不对出版加以事前限制，而非是说出版不能因刑事问题而受责难。任一自由之人皆有毋庸置疑之权利于众人面前表达他乐意表达的观点。若对之禁止，则毁坏出版之自由；若其出版不合适、有害或非法之物品，则必承担其鲁莽之后果。

众所承认的是，对出版业界的滥用自由的行为加以惩罚，对保护公众来说是必要的，并且让诽谤者对公共的伤害和私人损害承担责任的普通法规则，并没有为我们宪法提供的保护所废除……在本案中，我们没有必要去调查事后惩罚的可被允许的范围。对上诉方通过其出版物已经或者可能作出任何不当行为，州通过其诽谤法律适当地提供公力的和私力的救济。正如已经指出的那样，现在讨论的制定法并不涉及惩罚。除了在违反法庭判决的藐视法庭的案件中外，它没规定惩罚，但是却规定了压制和禁令，也就是说，该法规定了对出版的限制。

还有反对意见认为，免于事前限制的规则，如果每一个此类限制都应当被禁止的话，那这个规则就太宽泛了。这无疑是正确的，即使免于事前限制的保护也不是绝对没有限制的。但是，对这种保护的限制仅仅在非常独特的案件中得到承认："当一个国家处于战争状态时，许多在和平时期可以说的事情，就会对这个国家的努力构成一种障碍，以至只要人们还在打仗，将它们讲出来就是不可忍受的，也没有法院认为它们受到任何宪法权利的保护。"（*Schenck v. United States*，249 U.S. 47，52）

这种例外限制的性质清楚地衬出了出版自由的一般概念：历史上所考虑的并由联邦宪法采纳的出版自由主要意味着（尽管不是绝对意味着）出版应免于事前限制或审查。在这个国度里，出版自由的概念已经随着殖民时期的紧急事件以及为确保自由免于行政压制的努力而得到了拓展。它因使有关责难公共官员及指责他们行为不端（misconduct）的出版物免于受到事先限制而尤其受到人们的珍视……

免于受到事前限制的重要性从来没有降低过。对公众人物不计后果的攻击，努力对尽力善意履行职责的人进行指责谩骂，都产生了有害的影响，它们应当受到公众舆论的最严厉谴责。但是，我们还不能说，这种滥用行为比成为我们的制度的形成时期的主要特征的滥用行为还要过分（实际上，我们认为当前的这些滥用行为没有当时的严重）。同时，政府的管理变得越来越复杂了，渎职和腐败的机会已经成倍增长，犯罪已经到了最严重的地步了，不正直的政府官员对犯罪的庇护所带来的危险，以及由犯罪集团和官员疏于职守给生命和财产的基本保障造成损害的危险，都使得一个警惕且勇敢的出版界的存在显得格外必要，在大城市中尤其如此。出版自由可能为卑鄙的诽谤者滥用的事实，并不能削弱出版界在涉及官员的不当行为时免于事前审查的必要性。对可能存在的此类滥用进行事后惩罚是很恰当的救济，与宪法规定的基本的公民权利是

相一致。

在禁令发布前，允许出版商证明对官员的指控是真实的、出版动机是善意的且出版目的是正当的这一事实，并不能使我们正在讨论的制定法获得正当性。如果在这样一个基础上授权压制和禁令的此种制定法在宪法上是有效的，那么立法机关同样也可以规定任何报纸的出版者，在任何时候皆可被诉至法院甚至行政官员那里（既然宪法的保护不应该被看作是建立在纯粹的程序细节之上），任何时候皆可被要求举出证据来证明他出版的东西的真实性，或者是他将要出版的东西的真实性，或者他的动机的真实性，要么就只能接受被禁止的命运。如果可以这样做的话，立法机关可以在行使它的完全的自由裁量权时，规定专门的用来决定目的是否正当的机制，并且可以相应地对出版进行限制。这样，我们离一个彻底的审查体制就只有一步之遥了。为了防止在社会中流传各种有关不端行为的指控，特别是有关官员的不端行为的指控，而认可事前限制这种职权，那就必然意味着承认审查官具有超越宪法界限的权威。存在这种最基本的自由的根本原因，正如本院已经说过的那样，并不依赖于对真实性的证明。……

坚持认为该制定法旨在防止那些可能扰乱公共和平和挑起攻击或犯罪的流言蜚语的传播的主张同样是无效的。对值得责备的行为、特别官员的失职行为的指责，无疑会制造出一个公众丑闻，但是宪法给这种出版行为提供保障的原理是，禁止出版的职权给社会带来的将是更加严重的不幸后果。

对意在激起不利于管理政府的官员的情绪的意图加以禁止，与对激起此种情绪的实际行为加以禁止是等同的；而对激起此种情绪的实际行为加以禁止，又与对具有此种倾向与后果的讨论加以禁止是等同的；而对有此种倾向与后果的讨论加以禁止，又与在那些管理政府的官员应当受到人民的蔑视和憎恨的时候，却保护他们的品行不受自由讨论是等同的。

对应受批评的行为的指责可能产生憎恶情绪以及诉诸暴力救济手段的倾向，这个事实已经是老生常谈了，但是这种尽人皆知的倾向并没有动摇保护出版使之免于因出版物而受到审查与限制的决心……当那些憎恶被暴露的胆大包天的群体有效组织起来时，这种暴力反应的危险也随之变得更大了，而如果这种考虑能为立法干涉最基本出版自由提供正当理由的话，宪法保护就会成为一纸空文，

出于这些原因，我们认为该制定法违反了十四修正案保障的出版自由。我们还要补充一点，即这一判决是针对该制定法的实施和效果作出的，而并不考虑特定的杂志中的指责是否真实的问题。……

（史大晓译　邓海平校）



四、新政与宪法变迁

（一）第一次新政的挑战

1．房屋建筑与贷款协会诉布赖斯戴尔（*Home Building & Loan Association Co. v. Blaisdell*，290 U.S. 398［1934］）

起初，为了与经济大萧条所带来的严重损害作斗争，最高法院表现出偏向于政府有力且创新性地行使权力。例如：在下述与明尼苏达州有关的案件中，最高法院勉强维持了该州抵押物延期偿还的制定法。1933年该州立法机关宣布，在非常时期，保护公民及提高公众福利的政府措施是正当的。该州为了防止取消赎回抵押物的权利而造成的过度财产损失，规定了法院有权延期出售以及有权延长抵押财产被赎回的期限。人们立即对该项法律提出异议，认为它违反了契约自由的宪法条款。这种观点获得了最高法院四位大法官的赞同。尽管休斯（Hughes）大法官所代表的多数意见位于宪法规定的契约自由的边缘，它所提出的在特殊时期运用应急权力的指导方针很快就被证明为是含糊不清的。

大法官休斯（Hughes）宣读法院判决如下：

上诉人对1933年明尼苏达州法律的第339章之有效性提出异议，该法是明尼苏达州抵押品延期偿还法，它于1933年4月通过。上诉人认为它违背了联邦宪法中的契约自由条款，并且有悖于联邦宪法第十四条修正案关于正当程序以及平等保护条款的规定。该项成文法得到了明尼苏达州最高法院的支持……于是，该案上诉至本院。

该法案规定，在已宣布的非常时期内，在取消赎取抵押物的权利以及履行不动产的销售方面，可以通过规定的司法程序得到救济。该法案同时规定了延期销售，并且延长赎回（抵押物）的期限。该法既不适用于今后发生的抵押，也不适用于先前已经发生但其有效期限自该法通过之日起一年后才届满的抵押。（第一部分，第8节）……该法案“仅在非常时期存续期间并且无论如何不超过1935年5月1日”的期限内有效。

由于联邦宪法的条款禁止损害合同的义务，那么规定这种临时性且有条件的救济的立法是否超越了州的权限？在决定这个问题的过程中，我们必须考虑非常时期与宪法性权力的关系、契约条款的历史背景、最高法院解释该条款的法理方面的发展，以及我们认为应当建立起来的解释原则。

非常时期并不创造权力。非常时期并不扩大授予的权力，也不取消或减少对权力的限制，无论这种权力是被授予的还是固有的。联邦宪法就是在极端的非常时期通过的。它对联邦政府权力的授予和它对州权力的限制是根据非常时期决定的，它们并不随非常时期而改变。应授予何种权力以及应施加何种限制

的问题，一直是也将永远是我们的宪法体制严格审查的主题。

尽管非常时期并不创造权力，但是非常时期却可以提供权力行使的特殊性……在非常时期所提出的宪法性问题是，州所拥有的权力是否包括对特殊情形作出反应的对权力的特殊行使……当联邦宪法的条款（无论是授权性条款，还是限权性条款）是如此的详细和具体以至于无须解释的时候，就不存在任何宪法问题了。……但是在下述情况下，即宪法性授权或限权的规定以一般条款的方式出现的，它只提供一个宽泛的轮廓，由此解释的过程对于宪法的具体化就变得尤为关键。对契约条款的解释就是如此。……

但是对社会情境的充分认识以及对宪法条款的一般目的的认识并不足以确定宪法条款的精确范围。同样，对各州先前立法细节的考察也不能产生具有说服力的标准。为了确定宪法禁止性规定的范围，我们考察了适用它的司法判决的过程。这些判决告诉我们，下述观点是毫无疑问的，即：禁止性规定不是绝对的，并且我们也不能象阅读数学公式那样仅在文字的精确性上对其加以理解。

不但州保留的对救济程序予以控制的手段是符合宪法规定的，而且州继续拥有保护其公民重要利益的权力。符合那种目标的立法导致的结果是"修改或废止已经生效了的合同"这一点并不重要。……为了确定当事人之间的义务，不仅合同中注入了现行法的要求，而且合同也将保留主权的本质属性作为法律秩序的前提。保护合同免于侵害的政策预先假定了政府保留了足够的权力以保护社会和平和公序良俗对合同的维持，由此合同关系是有价值的。将宪法性禁令与州权力中必要剩余权予以调和的原则在本院的判决中得到了逐步的认可。

毫无疑问，无论州的保留权力是什么，它都必须与宪法对该权力予以限制的正当目的相一致。对州所保留的权力不能作出破坏限权的解释。同样，对限权也不能作出在本质问题上破坏州所保留的权力的解释。对它们的解释必须协调统一。这样的原则使得下述解释无法成立，这种解释将允许州把拒绝清偿债务、破坏合同或者否认履行合同的方式作为自己的原则。但这并不意味着下述情形不可能产生，在这样的情形中，对履行合同的临时性限制将与宪法性条款的精神与目的相一致，因此该种限制将被认为是在州为了保护公众的重要利益而保留的权力的范围内的。在存在诸如火灾、洪水、地震等严重公共灾难的情况下，如果根据这些情形而作出的对合同履行予以有限且暂时的干预是必要的话，那么我们不能坚持认为对宪法不应作出这样的解释……与特殊情形相适应的州的保留权力可以被认为是所有合同的一部分，这种权力就像州在其他情形下（这些情形我们已经提及）为了保护公共利益而保留的权力一样。如果在诸如火灾、洪水、地震等由自然原因引起的灾难的情况下，州拥有对合同履行给予临时性救济的权力，那么在由经济原因或其他原因造成灾难的情况下，当公众急需此种救济的时候，我们就不能说这种权力是不存在的。……

通过上述分析，有一点是显而易见的，即：公众的需求日益受到重视，并且在个人权利与公共福利之间寻找一个理性的契合点的必要性也日益强化。公共土地的开垦定居以及随之而来的面积缩小，不断增大的人口密度的压力，公民活动的相互影响以及经济利益的复杂性，不可避免地导致了为了保护个人发展有利环境的基础（the basis of individual opportunity）而日趋求助于社会机构。对于一些事项，先前被认为仅与个人或仅与所涉及的阶层有关，而与州关系甚远，后来人们发现它们对州的根本利益有直接的影响。这不再是一个合同

一方针对另一方的问题，而且是一个运用合理的手段以保护我们所有利益都赖以存在的经济结构的问题。

主张在一个世纪以前，人们并不理解公共需求，这并不是这个问题的答案。同样，主张联邦宪法在当时情境下的含义也应当是当今情境下的含义的观点也不是这个问题的答案。如果认为联邦宪法在其被通过时的含义就是它今天的含义，那么这种观点试图表明，联邦宪法的绝大多数条款必须被限定在宪法的制定者们根据他们当时的情境及观点所作的解释的范围内，这种观点将会不攻自破。宪法要防范的就是这样的狭义观念，马歇尔大法官对这种观念提出了值得纪念的忠告——“我们必须记住我们正在解释的是一部宪法”（*McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat 316, 406）——“这部宪法旨在传诸永世，并因此能够应付人类事务中各种紧急情况。”

同样，试图在宪法文本隐含意思与对它们的隐含适用之间作出一个精确的界分是毫无益处的。当我们已经详加解释的判决与州为了保护其人民的安全而保留的重要权力相一致的时候，我们发现作出下面的结论是毫无理由的，即：该条款的适当意义已经被这些判决歪曲了，或者假如我们的国父们认为对未来情形作出预见是他们的责任，他们将对该条款作出不同的解释。已经得到发展的法律的大部分内容都不为国父们所知晓，但是我们相信它们已经将宪法的本质内容以及精神传承下来。随着对公众需求的日益认可及个人权利与公共关系的日益发展，本院试图阻止对契约条款的颠覆，这种颠覆将该条款作为扼杀州保护其根本利益的能力的工具。这种发展是国父们所植下的种子的成长……正如我们所看到的那样，这种发展的原则在于在所有的合同中都含有州所保留的保护性权力的正当行使。

运用我们判决中已经确立的标准，我们得出以下结论：

1. 明尼苏达州的非常时期为该州行使其所保留的权力，并以此保护社会的重要利益提供了一个适当理由……

2. 我们认为该项立法具有合法的目的，它不是为了特定个人的利益，而是为了保护社会的根本利益。

3. 有鉴于正在被讨论的合同之性质问题——抵押毫无疑问是有效的——非常时期提供了这种救济并证明了它的正当性，为了使它不与宪法条款相抵触，这种救济必须具有与非常时期相适应的特征，而授予的这种救济必须有合理的根据……

我们认为：这里适用的明尼苏达州制定法并不违反联邦宪法的契约条款。作为一项政策，该项立法明智与否并不是我们所关心的问题……

（王元译 汪庆华校）

2. 耐比尔诉纽约州（*Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 [1934]）

这一案件出现的社会背景也是大萧条时期，再一次明显地表

明了最高法院支持政府干预经济的意愿。法院以 5:4 的多数意见赞同了纽约州的一项法律，它设定了掌握牛奶零售价格定价权的牛奶控制委员会。最为重要的是，最高法院在本案中拒斥了首席大法官塔夫脱（Taft）在 1923 年的 *Wolff Packing* 案中，就涉及公共利益的行业所作的僵化分类。本案的多数意见认为在这样的行业中不存在“封闭性分类”，而主张在公共利益需求干预的场合，政府应有所作为。四位持异议的法官——冯·德凡托（Van Devanter）、麦克雷纳（McReynolds）、萨若兰德（Sutherland）和布特勒（Bulter）这一常见组合——强烈地反驳了认为这种作为应包括政府定价的思想。

大法官罗伯茨（Roberts）宣布法院判决如下：

依据 1933 年法律第 158 章，纽约州的立法机关设立了牛奶控制委员会，它的权力之一就是“确定出售给消费者不在销售地食用的牛奶店所收取……零售价格……的最低和最高限度”。委员会确定商店的定价是每夸脱九美分。耐比亚（Nebbia）是罗切斯特市一家杂货店的店主，他卖两夸脱牛奶和一块五美分的面包只收取 18 美分，从而，法院判决他违反了委员会的规定。在初审中，他主张法案本身和委员会规定与第十四修正案的平等保护和正当程序条款是抵触的……

重要的问题在于（法案）的实施是否否认了上诉人受第十四修正案保护的正当程序权利……

在我们的政府形式之下，财产的使用和契约的缔结一般是私人而非公共领域关注的问题。一般情况下，二者都不受政府干预。但是财产和契约权利都不是绝对权利。因为，如果公民运用财产伤害他的同伴，或者运用他的自由危害他人，政府就无法维继。与私权同样根本的权利在于出于公共利益需要进行规制的公共权利……

出于公共利益的需要，纽约州的奶品行业长期以来一直是严格受控的对象。1932 年的立法调查在以下事实上是有说服力的，即：不加限制的竞争会加剧现有的恶果，而有关供求的普通法律不足以纠正有害于社会的无序。调查披露了破坏性的和萧条的竞争条件以及不正当的商业活动，它们压低了零售价格，导致农场主的收入低于生产成本。在这些条件下，上诉人否认立法机关可以合理地考虑有利于保护行业和消费者的规范和控制，这是我们所不理解的。那一机构相信通过阻止因大量购入多余奶品进行破坏性减价的商家的行为，情况会得以改善，这些商家能够以远比大的配送商为低的价格购入奶品，并且它的售出价格中不含有后者的交通费用。在原告申诉的规定中，奶品控制委员会确定配送商卖给消费者的牛奶价格是每夸脱 10 美分，而商店出售给消费者的价格是 9 美分，因而，委员会考虑到了商店的成本较低这一事实，并努力要设定对二者而言都公正的价格区别。鉴于以上事实，看来委员会的规定并不是不合理或专断的，也不是和阻止破坏批发价格结构的残酷竞争的目的不相关的，这一结构是农场主赖以谋生、而社区奶品供应有安全保障的基础。

但是，有人告诉我们说，因为法律试图控制价格，它就排斥了正当程序。这一权力无疑是通过适当的商业规制以矫正经济弊端的，尽管这一权力的间接

后果可能是对契约自由、服务定价或商品价格的修正，而上诉人认为直接定价是一种绝对禁止的规制类型。他的立场在于：第十四修正案要求我们仅仅依据这个理由，而判决本案中受到挑战的制定法为无效。他的主张的逻辑是对费用或价格的控制在本质上是不合理且不合宪的，除非它们的适用范围是涉及公共利益的行业。受到如此影响的行业是这样的企业：财产用于某种公众可以适宜地经营的企业，或其所有者仰赖公共资助或运营特权，或所有者必须服务所有申请人。简而言之，这就是所谓的公共事业或具有垄断性质的行业。据说，奶品工业不具有这些特征，因此它不是涉及公共利益的，其价格不能由国家控制。上诉人与制定法的抗衡取决于这一主张的强度。

按照对这段话的通常理解，我们也可以立即说奶制品工业不是公用事业。我们认为，上诉人在如下方面也是正确的，即：在本案中，不存在任何垄断或垄断性活动的迹象。上诉人没有提及那些从事这一行业的人是否丝毫不依赖公共资金或从事其活动的特权。但是，正如我们必须承认的那样，如果奶制品行业是公共利益领域予以规范的对象，那么制止州通过涉及价格的立法矫正现有无序状况的宪法原则是什么？我们认为这样的原则是不存在的。正当程序条款除了提到商业、契约、建筑以及其他关乎财产的事情以外，没有涉及买卖或价格的问题。无论如何，上诉人所坚持的观点似乎是认为，在人们制造和出售物品所规定的价格中也蕴涵着神圣不可侵犯的因素，因此，尽管州能够规制制造或贸易的其他因素，并伴随对价格的附带影响，但州没有权力控制价格本身，这一观点在许多年前的 *Munn v. Illinois* 案中遭到了否定。……

显然，在涉及公共利益的商业中，不存在封闭的分类，法院在适用第五修正案和第十四修正案方面履行的功能是，在每个案件中判断有关情形是否为涉案规章提供正当化理由，而成为政府权力的合理行使，还是宣布它因专断或歧视性而为无效……就其本质而言，“涉及公共利益”一语不过是指由于充分理由，某一行业因公共利益的需要受到控制。在本院作出的几个判决中，“涉及公共利益”和“具有公共用途”的表述已然作为判断价格控制合法性的标准，法院业已承认二者是不易定义的，而它们已经构成不尽如人意的标准，检验指导商业活动或价格的立法的合宪性。这些判决最终必定依赖于如下基础，法律因在实践和效果方面专断而没有满足正当程序的要求。但是，毫无疑问，包括其为所出售的产品或商品所定的价格在内，州在任何方面规范某一行业都必须是在正当的情况下，并采取适宜的措施。

只要牵涉到正当程序条款的要求又缺乏别的宪法限制的情况下，州就可以自由地制定任何符合合理预期、可促进公共福利的经济政策，并通过适合其目的的立法来执行那一政策。法院没有权力宣布这样的政策，也没有权力在立法机关已经公布的时候来逾越这一政策。……

宪法并不保障人们这样的自由，他们运营其商业的方式侵害了大部分公众，或者侵害了人民中的重要群体。和其他任何形式的规制一样，价格控制除非是专断、歧视性的，或显然与立法机关可自由制定的政策在表面上没有任何关系，而因此构成对个人自由不必要的而没有保障的干涉，否则它就不是不合宪的。……

（王笑红译　孙晔校）

3. 谢克特家禽公司诉美国（*Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 [1935]）

早在1935年，最高法院即开始全力攻击新政。首先，在*Panama Refining Co. v. Ryan*一案中，最高法院宣布根据《全国工业复兴法》（简称NIRA）制定的石油规章无效。*Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388。最高法院以8比1多数裁定，该法授予行政部门的立法权是过分的。而在几个月后的Schechter案中，最高法院则一致认为NIRA缺乏宪法的支持。人们已逐渐认识到，很难说“病鸡”案（*Sick chicken Case*）反映了政府对于基础产业的关注，而且它也没有证明NIRA所包含的广泛权力的正当性。该案涉及对于纽约市区家禽业的工资、工作时间、生产和营销进行管制的《鲜活家禽商规章》。尽管该规章在新泽西和康涅狄格州部分地区也适用，它针对的仍然主要是纽约当地的交易活动。原告违反规章“径直屠宰”（“straight killing”）的要求，允许顾客对笼中的鸡只进行挑选，受到销售病鸡（unfit chicken）的指控。原告方质疑《全国工业复兴法》是否属于对州际商业的管制，以及该法是否将立法权过度授予了政府的行政部门。

首席大法官休斯（Hughes）宣布法院判决如下：

首先，就如何正确对待原告提出的这些重大问题，政府强调两个出发点。政府认为，我们必须在国会面临严重国家危机这一背景下，看待国会立法中有关授权制定规章的条文。毫无疑问，每当权力的行使受到质疑，总要对授予权力所针对的情形进行考查。非常的情况要求采取非常的救济措施。但这一论点却不能用于论证宪法授权之外行为的合法性。非常的情况并不能创造或扩大宪法性权力。宪法创建了被认为拥有足够权力的国家政府——这一点在战时和和平时期都得到了验证，但是国家政府的这些权力必须受到宪法授权的限制。在这些授权下行动的人不能仅因为他认为有必要拥有更多的或不同种类的权力就任意践越宪法为其设定的界限。这种对于超宪法权力的主张已被预见到，并由第十修正案明确地予以排除：“宪法未授予联邦且并未禁止各州享有之权力，皆由各州和人民保留”。……

其次，关于授予立法权的问题

对此，我们看看《全国工业复兴法》，弄清它对总统的自由裁量权做了何种限制。首先，作为总统批准（规章）的条件，复兴法要求总统确保提出规章的商业或工业协会“没有对成员资格加以不公正的限制”，并且“真正具有代表性”。但是，该条件仅与规章创制者的身份有关，并不涉及这些规章可包括事项的范围。第二，复兴法要求总统判定该规章的目的“不是促进垄断或是排除或压制小企业，并且在其执行过程中不会对小企业产生歧视”。同时该法还有一个附带限制条件，要求“规章不能容许垄断或垄断性做法存在”。但这些限制实际上并未触及复兴法第一节预想到的政策领域。在可得以规章规定的事

项范围这一宽广领域，除受到不得有垄断图谋这一限制外，规章提议者可以无所顾忌，而总统只要认为适当，可以批准或不批准他们的任何提议。……

总统在做决定时的自由裁量的广度同样不受这一有限要求之必要含义的制约。正如已经提到的，总统在批准一项规章时可以依其裁量，在提议规章所规定的条件上增加，或从中挑选其认为实现复兴法宣布的政策目标必不可少的条件。当然，他在按照自己的动议或应请愿者的要求制定一项规章时，有同样大的自由。如果一项规章没有得到他的批准，他自己可以另行制定。复兴法规定总统可以创建行政机构以协助其工作，但是这些机构或是其他总统助手的活动和报告——他们对制订规章提出的建议和调查研究的结果——得不到任何高于总统意志的力量支持。总统可以自由选择接受、修改或拒绝这些建议和调研结果，这些建议和调研结果对该节赋予总统的权力无丝毫的制约作用。除了第三节已明确规定的条件外，总统权力不受任何限制。总统在本法中这一权力涉及众多不同种类的商业和制造业，因此总统的裁量权扩展到了制定各种他认为对于处理全国大量工商业活动有利的法律。

如此大范围的立法授权在政府特别倚重的判决中并不能找到支持。……

对此可总结如下：复兴法第三节（的授权）没有先例的支持。这些规定没有为任何商业、制造业和其他活动提供任何标准。也没有为经过适当行政程序确定特定的事实状态规定任何行为规则。相反，它却授权通过制定规章这种方式来规定这些行为规则。除了在第一节中声明了复兴、矫正和发展这些一般目标外，复兴法在第三节中没有为这一立法行为设定任何标准。鉴于这一声明的宽泛性以及该法对之所做的为数极少的限制，总统在批准或制定规章以此为管制商业和制造业立法的过程中，他的裁量权实际不受任何约束。我们认为这样授予一种规章制定权是一种违宪的立法授权。

第三，关于对州内交易活动适用《鲜活家禽规章》的问题。……

在此提出这样一个问题：被告因违反或共谋违反该规章的有关规定而被定罪，然而这些条款规定的事项是否在国会管理权限范围之内呢？

这些规定与被告设于布鲁克林的屠宰场中雇工的工时和工资，以及被告对零售商和肉商的供货量有关。……

毫无争议的事实……无法证明这一论点：被告屠宰场的家禽处于州际商业"循环"或"流动"之中，因此成为国会管制的对象。仅仅存在商品可能不间断流入一州的事实并不意味着这些物品在到达该州，并与该州原来的无数财物混合后仅为当地处置和使用时，该流动仍将继续。就本案涉及的这些家禽而言，州际商品流动已经停止。他们已在州内永久停留下来。被告不是为进行州际商业交易而占有、使用或出售这些家禽，亦非为了运到其他各州。因此，关于州际商业活动的先例——这些案件中货物只是暂时停留在一州之内，而后又继续做州际商业运行——以及有关管理这一事实上连续运动过程中交易行为的法规的判决在这里不能适用。……

被告的交易行为是否直接影响到州际商业从而应接受联邦管制？国会的权力不仅仅只是管制作为州际商业组成部分的交易活动，还要保护这种商业免受伤害。……

判断联邦政府在多大程度上可以影响州际商业为由管制州内交易活动时，直接影响和间接影响之间存在一个必要的且已牢固确立的区分。尽管只有在具

体案件中才能厘定这一区分的精确界限，但它在原则上是明晰的。我们援引的铁路案件即阐明了什么是直接影响，例如，由于疏忽，在同时作为州际和州内运输通道的铁路上没有使用规定的安全设施造成的后果，从事州内活动的雇员因过失对从事州际运输的雇员造成的伤害和州内运输业确定的对州际商业不公平的费率。但是，如果州内交易对于州际商业仅产生间接的影响，则此类交易仍然处于州的权力范围之内。如果将商业条款理解为扩展适用于所有可以说对州际商业具有一种间接影响的企业和交易，则联邦权力实际上将涵括人民的一切活动，并且州对州内事项拥有的权力只有在联邦政府的容许下才能存在。实际上，依据这一结论，即使是州内商业设施的发展也将处于联邦控制之下。……

最重要的问题是规章中关于屠宰场工人的工时和工资的规定。很显然，做这些要求的目的是对被告经营的地方性商业的细节之处进行管制。在作为地方贸易活动的屠宰和销售中雇用的工人并非受雇从事州际商业。他们的工时和工资与州际商业没有直接关联。这些工人应工作多长时间得到怎样的报酬，这一问题与其他地方商业活动中存在的同一问题没有实质区别。这种地方性商业活动是州内商业的组成部分，经营进入一州的商品。审视联邦政府极力敦促的关于家禽业的应予考虑的因素，这一点则变得极为明显。因此，联邦政府辩称：工作时间和工资影响价格；屠宰场主以仅仅稍高于经营成本的价格销售货物；劳动占其产品成本的50%至60%；屠宰场主以支付低工资或延长劳动时间来降低成本，将这种节约转化为更低价格；这样将会产生对于更便宜商品的需求；降价会带来价格结构的混乱。其他行业同样会出现这种情形。政府自己的论点证明了太多的东西。如果联邦政府可以基于与成本和价格的关系以及对州际商业产生间接影响就可以确定州内商业中雇工工资和工作时间，看来他可以对同样影响价格的其他成本要素如雇工数量、租费、广告以及经营方式等施加控制。所有纳入成本的生产和销售过程同样都将受到控制。如果进行州内商业活动的成本本身可以是联邦控制的对象，则可以对成本进行多大程度的控制将是一个裁量问题而非（是否有此）权力的问题。……

判断这样一种集权制度在经济上的优劣并非最高法院分内之事。只是指出联邦宪法没有规定这种制度便已足够。我们国家的成长和发展要求联邦政府愈加广泛的运用商业权力来管理日益扩张的州际商业，保护其免受阻碍和干扰，避免出现限制和垄断州际商业的图谋。但是不应将联邦政府的权威推到极端以至于摧毁商业条款本身已确立的“各州之间”的商业与“州内事项”的区分。同样，对于那种以工业复兴法通过时的严峻经济形势——价格下跌、工资和就业率下降，商品市场萎缩——为理由提出的抗辩也必须做出同样的回答。维持工资发放以此提供必要的刺激，扩大商业活动，这一点的重要性得到强调。无须对这一动机进行任何贬抑，只需说明联邦政府恢复经济的努力必须使用与宪法授予的权力相符合的方式。

我们认为，试图通过该规章的条款确定被告在州内商业活动中的雇工工资和工作时间，不是联邦权力的合法行使。……

（魏双娟译　孙晔校）

4. 卡特诉卡特煤业公司（*Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 [1936]）

首席大法官休斯（Hughes）在其判决意见中已经就对商业的直接影响与间接影响两个概念做出了区分，但这一区分含糊不清。毫无疑问，当时他已意识到，*Knight* 案以来的判决承认联邦对本质为地方性的事项进行管制的合法性，这使得做出一种截然而明确的区分变得极为困难。但是在 *Carter Coal Co.* 案中法官毫不畏缩，以 *Knight* 案作为主要的先例依据提出了一个更为精确的定义。法官谴责联邦对生产活动的管制，尤其是对于价格和劳动的管制，也就是那些在自身范围内积极有益的劳动管制。本案涉及对软煤业价格和工资进行管制的《烟煤规章》的合宪性。尽管国会已通过特别规定指出，应将本法中关于定价和劳动管制的部分作为单独的宪法问题看待，最高法院的多数意见却勇敢地无视于这一指示。

大法官萨若兰德（Sutherland）宣布法院判决如下：

这些诉讼涉及 1935 年烟煤保护法的制定目的。正如其名称所宣示，该法的目的是稳定烟煤开采业，促进州际烟煤商业活动；规定烟煤市场销售的合作；对这种煤矿开采征税，并规定一定情况下的退税；声明这种煤矿的生产销售和使用都要受到公共福利以及其他目标的影响……在这些案件中该法的合宪性无一例外地受到了挑战和质疑……

显然，征收执照税不是基于财政需要，而是作为罚金迫使遵守该法令的限制性规定。这一征收的全部目的在于强制性地达成所谓的协议——当然，它不是一个协议，因为它缺乏同意这一必不可少的要素。人们为了避免金钱惩罚而行事并非是同意，他是屈服于强迫，恰如同其为避免入狱时同样会这样做。

以本院在无数案件中确立的标准来检验，这里的征收只能是罚金而不是税收（见 *Child Labor Tax*，259 U.S. 20 案，页 37—39）……

摘引这一法令的某些内容即可清楚地表明，其制定者认为该法的合宪性在于联邦拥有一种被认为独立于宪法的具体授权而存在的一般权力……

一个已经牢固确立的既定规则是，联邦政府只能行使宪法明确列举的权力，以及有效行使这些权力所必需且适当的隐含权力。国会立法所追求的目标是否正当合法完全是宪法权力问题，绝对不是一个立法裁量问题。国会的立法裁量权开始于为行使被授予的权力进行手段选择，终止于方法和细节措施的采用。权力和裁量二者之间的区分不仅十分清晰而且极为重要。因为，尽管权力被严格限定在宪法列举范围之内，但对行使权力时采用何种手段却没有做限制——但这些手段必须是正当的，与目的明显相适应，并且不被宪法的文字和精神禁止而是与之相一致。（见 *McCulloch v. Maryland*，4 Wheat 316 案，页 421）因此，可以这样说，对于一个合乎宪法的目标，有许许多多条道路为之开放，但对于超越宪法规定的目标，无路可通。

一种常常被提出却屡屡遭到摒弃的观点是：依其本质，联邦政府的权力扩

展至所有那些影响到整个国家而且各州单独无力实现或不能充分实现的目标。与此相关的一种观念是，国会可以完全在宪法授权之外为促进整体福利制定法律。本院不仅从未接受过上述观点，而且一直明确予以拒绝。

既然该法的有效性取决于它是否是一项关于州际商业的法规，商业条款授予国会的权力的性质和范围在这里成为具有决定意义的问题……

我们已经知道，"商业"一词等同与"为贸易进行的交往"这一短语。显然，通向煤矿开采的各种事项不能构成这样一种交往行为。雇用工人，确定工资、工作时间和工作条件，以及就这些事项进行的交涉——无论该交涉是集体进行还是单独进行——都构成为生产进行的交往行为，而不是为了贸易的目的。后者（贸易）独立于雇主与雇员之间的关系，这种关系在所有生产性行业中均纯属地方性事物。从矿井中采掘出煤是地方性活动的目的和最终结果。就开采出的煤开展的商业并不是这些地方性活动产生的，而是通过谈判、协议和完全独立于生产活动的其他条件进行的。采矿使商业活动的对象得以存在。商业活动是对这些东西进行处置。

对于上述案例及其他可援引案例进行思考，我们得出的必然结论是，该法中与劳动有关的规定，包括最低工资、工资协议、集体谈判以及劳工局的设置和它的权力，主要是作用于生产活动而非商业活动；并且，进一步，这也证实了生产纯属地方性活动这一结论。这些活动作为生产的必要前奏都不属于州际商业中的交易行为，或构成州际商业的组成部分。（*Schechter v. United States*）任何进入州际商业的东西都起源于地方，如果没有在某地进行的生产活动，现在进行的这样的州际商业实际上将消亡。但是，采矿、生产和谷物种植作为地方性活动是一个事实，且仍将作为一种事实，不管对于这些活动的产物将作何处置。

不幸的是，政府为劳动规章所做的辩护实际上已经被本院在 *Schechter* 一案的判决所推翻……该案与本案惟一可察的区别是，*Schechter* 一案中联邦政府主张可以对经过州际运输后停下来的货物行使权力。而本案涉及的则是州际商业开始前尚未流通的产品。这一区别无关紧要。州际商业交往行为结束时联邦权力亦随之停止，相应地，直到州际商业交往开始，联邦权力才得以有行使的对象。无论按照法律上还是依据理性，没有任何理由对这两种情形适用不同的规则。*Schechter* 一案的任何部分均未做这种区分。相反，这些情形被认为是相似的。在 *Schechter* 案判决意见中，……（本院）提醒注意，如果商业条款可以解释为扩展适用于对州际商业产生间接影响的交易活动，则人民的所有活动实际上都将处于联邦权力之下，各州的权力只能在联邦的容许下存在。本院接着说，"实际上，根据这一理论，即使是一州商业设施的发展也要受到联邦控制"。本院指出工作时间和工资与州际商业并无直接联系。而且，如果联邦政府仅由于州内商业活动中雇工工资与成本和价格的关系，以及它们对于州际商业的间接影响而有权确定雇工工资，"所有计入成本的生产工序和销售行为都将类似地受到控制。如果开展州内商业的成本本身可以成为联邦控制的对象，则对成本的管制程度将会是一个裁量问题而非法律问题"。重新参阅这一判决意见，我们在此明确宣布：不论工资、工作时间、工作条件以及就这些事项进行的谈判是与州际商业开始前的生产有关还是与州际商业结束后的销售和分销有关，联邦政府同样没有权力……

最后，本院要面对该法中关于定价的规定。是否有必要判断这些规定的合宪性取决于他们能否与关于劳动的规定相分离而独立存在。该法令第15条规定：

> “若本法某一规定或此规定对于某些人或环境的适用被认为无效，本法其他部分的规定以及这些规定对于其他人和环境的使用不应因此受到影响。”……

本法的首要目的是通过对劳动和价格进行管制以实现煤矿采掘业的稳定，既然规定了两种措施，我们必然得出的结论是两者均被视为是必需的。一方面对劳动进行管制，一方面对价格进行管制，二者互相提供帮助和支持。它们联合的力量——不是指其中哪一个而是二者结合——被国会认为是实现追求的目标所必不可少的。国会立法要求制定一部由两条腿支撑的法规，这暗示着国会不可能同意制定一部由一条腿支持的法规。

这一点看起来再清楚不过，因为国会必然已经意识到从该法规中剔除关于工资的规定将严重损害其效力。工资和价格之间存在着十分明显的相互依赖性。烟煤生产成本的三分之二体现为工资。公平的价格必然取决于生产成本，而且，既然工资占成本如此大的比例，不考虑工资这一重要因素就无法根据价格与成本的适当联系来确定价格。如果其中之一变得不确定，其他因素亦同样会变得不确定……

该法中关于定价的规定与关于劳动的规定是密切相连，前者以后者作为条件、考虑因素和补偿，显然，一旦后者被认为是错误的，前者也不会被放过。所以后者无效前者亦随之无效是不可避免的结论。

（魏双娟译）

5. 合众国诉布特勒（*United States v. Butler*，297 U.S. 1［1936］）

人们普遍认为，法院会对政府征税权和开支权方面的规制较为友善。1933年的农业调整法案规定对某些农产品征收加工税，设置此种税收旨在筹措资金，以便对参与政府生产控制计划的农民进行补偿。布特勒（Butler）对该法案的合宪性提出质疑，主要是抨击它系开支项目而非征税项目。他辩称，对农业的规制违反了第十修正案，因为这干预了由州所保留的权力。此外，他宣称，因为该种征税属于违宪事项，因而，它也是无效的。从整体而言，大法官罗伯茨（Roberts）的多数意见缺乏逻辑性和连贯性。在审视了汉密尔顿（Hamilton）和麦迪逊（Madison）有关联邦政府开支权争议的宪法理论后，罗伯茨同意，汉密尔顿的广义观点已经得到普遍认可，然而，他仍采用了麦迪逊的意见。在和卡多佐（Cardozo）、布兰代斯（Brandeis）一起签署的异议中，斯通（Stone）大法官尖锐地反对多数对于宪法所进行的“扭曲性建构”。

大法官罗伯茨（Roberts）宣布法院判决如下：

将涉案法案规定从加工者那里的征收作为一种税，或者说一项税不应有缺点，这是不确切和误导性的。从对税这个词的一般理解和在宪法中的用法来看，它代表着为维持政府正常运转而进行的征收。人们从来没有认为这个词具有如下含义，即为某一集团的利益而剥夺另一集团的财产。我们认为，当征收是为了有效规制对有关双方都有利的事务，并且就此种事务而言存在相应的立法规制权时，该种征收是合宪的。显而易见，除非征收是属于此种规制的组成部分，否则不具有任何正当性。这种征收不可能出自于以下情境，在那里，征收主要是为增加收入，并通过忽视其目的而仅仅作为实现预期后果的手段得以合法化。这样做将会使我们无视除自身所看到和了解之外的其他事物（Child Labor Tax 案）。……

我们认为，该法案是规制农业生产的法案，税赋仅仅是此种规制的附随物，被告有理由对此种征收的合法性进行挑战……

政府方声称，即使被告可以质问立法中的拨款是否适当，其攻击也将站不住脚。因为宪法第一条第八款授权了对税金的预期开支。在本案中，这种主张引出了重大而关键的问题。……

在这样的案件中，不应对法院的作用产生误解。有时人们会说，法院享有某种推翻或制约人民代表的行为的权力。这是一种错误的认识。在我们的国土上，宪法是由人民制定的最高法，所有立法都必须遵循宪法所制定的原则。当国会的法案因为没有遵循宪法的强制性命令而受到适当挑战时，司法部门仅有的责任便是：把要适用的宪法条文置于受挑战的法案之上，来决定后者是否和前者相一致。法院所做的或所能做的便是，就这一问题宣布其经过慎思熟虑的裁决。法院所拥有的仅有的权力（如果可以这么说的话）就是裁决的权力。法院既不会去赞成也不会去谴责任何立法政策。对于法院来说，其所负有的微妙而艰难的职责即在于，确认和宣布立法是否遵循或违反了宪法条款，并且在做了这些之后，其职责即告结束。

问题不在于联邦应该享有什么权力，而在于事实上人民已赋予其什么权力。重申我们的政府是双轨制式的政府似乎是不必要的，即每一个州都存在两个政府——州和联邦的。除了人民通过宪法授予联邦政府的权力，宪法禁止州拥有的权力和人民自己所保留的权力之外，每个州享有所有其他的政府性权力。联邦政府的权力是通过接受委托所得的，它仅仅拥有明示的授予权力和该授权所合理蕴含着的权力。……

宪法第一条第八款赋予国会各种权力，此条款中有两处和正在审查的法案的有效性有关。……

人们认为该款第一节授予了立法权，它赋予国会“规定和征收直接税、间接税、进出口税和出产税，以偿付债务，建立合众国的国防和公共福利。”……基于立法将促进公众福利的理论，该条款是赋予了规制农业生产权的，这没有争议。政府方同意，“促进公共福利”的这一短语方使得“规定和征收直接税”的权力具有合法性。

然而，政府方断言，在该条款中找到了通过农业调整法案的正当依据。这

种主张认为，国会可以为“公共福利”而拨付和授权拨付开支，而“公共福利”这一短语应自由地解释为概含任何有益于国民福利的事务。这种主张还认为，决定什么将促进这样的福利仅仅取决于国会，法院不许审查它的决定。最后，这种主张指出，本案中受到攻击的拨款实际上就是为了合众国的公共福利。……

自从建国以来，就这一短语的真实涵义而言，存在着尖锐的不同观点。麦迪逊断言，它只不过是由同款接下去几节所列其他权力的参照。因为合众国是一个拥有有限的、列举式权力的政府，为公共福利所赋予的征税、开支权必须限于为国会列举的立法领域。按此种观点，“公共福利”这一短语仅仅是同义反复，因为征税和拨款是（或可能是）行使任何列举性立法权的附随物。另一方面，汉密尔顿坚持，此条款所授予的权力与后而列举的权力相独立，它不限于所列举的权力，因而国会有进行征税和拨款的实质性权力。它仅仅受制于以下要求，即该权力的行使是为公共福利的目的。……

现在，我们并不需要确认“合众国公共福利”这一短语所涉及的范围，或者决定为支助农业的拨款是否属于此范围之内。完全除前述问题之外，我们宪法中的另一原则禁止实施农业调整法案。该法案侵犯了州所保留的权力。它是一个规整和控制农业生产的立法性计划，超越了授予联邦政府权力的事务范围。征税、所征税金的拨付及开支去向仅仅是计划的部分，他们只是造成不合宪结果的手段。

从公认的理论出发，美国是一个只享有委托性权力的政府。这种理论认为，除明示授予的权力和该种授权所合理蕴含着的权力之外，其余权力均为州或人民所保留。为预先制止相反的意见，第十修正案被采纳。同一主张的另一种表述是，禁止行使未被授予的权力。任何规制农业生产的措施都不被允许，因而国会为该目的而进行立法是受到禁止的。

不允许以实施授予的权力为托辞而去获取遭到禁止的目标，这是一条已确认的原则。……

如果不允许把征税权用作规制州事务的手段，而该事务又是国会无权进行干预的，那么，正如在本案中一样，它是否可以用于筹措为获得某种他人的服从所必要的资金，而国会无权命令此种服从？政府方宣称，无论针对计划（即使是强制性的计划）的有效性的意见是什么，这个计划都是合宪的、正确的，因为该结果是通过自愿合作而获得的。针对这种宣称存在着两个充分的回答。事实上，规制不是自愿的，农民当然可以拒绝遵从，但拒绝的代价是利益的损失。这种代价已足以对其施加压力，而使其被迫同意所提出的规制。授予或保留无限利益的权力是一种具有强制性或摧毁性权力。……

国会无权将其命令强加于农民身上，以实现农业调整法案所寻求的目标。必须认识到，不允许通过征税和开支来直接实现那些目标以获取他人服从。宪法和政府的整个设计否认像该法案所授权的那样利用征税权和开支权。宣称全国范围内的地方性状况已经造成事关全国的形势，是无济于事的，因为这无非是说，无论何时只要地方性状况广泛地相似，国会就可以无视宪法对其权力的限制并篡夺由州所保留的权力。如果国会对由州所保留的管辖权内的事务进行强制性规制（这是遭到禁止的），能利用征税权和开支权作为实现相同目标的手段，那么，第一条第八款第一节将成为彻底颠覆由各州所保留的政府权力的

工具……

直到目前为止，没有任何迹象表明联邦政府享有这样的权力。无论是从宪法制定者的论述，或法院在作出相应解释时的裁决里面，还是在伟大的评论者的著作中，我们都无法发现正在讨论的条款或宪法的其他地方蕴含着这种权力。否则，由每一个条款和每一种从第八款第一节推导出的恰当含义所确立的权威可能受到颠覆，各州的独立可能遭到否定，合众国变成在联邦的每一个州内行使不受限制的治安权的中央集权政府，取代所有对于州事务的地方性控制或规整。……

* * *

大法官斯通（Stone）表示异议：

政府对国库的权力是一种很大的权力，这并非是现在第一次宣布。……

宣称必须通过司法命令来削弱上述权力，因为它可能被滥用的主张，几乎没有提升论证的尊严。因为司法权力同样可能被滥用。……

对宪法的扭曲性建构，并不能通过求助于国会轻率开支的极端例子而证明为有理由，这例子是如果法院不予制止，该种轻率的开支（即使人们认为这种支出有助于国家目的的实现，但它只有在立法机关采取无视公共责任感的举措才变得可能）可能会发生。这样的假定向那些习惯于认为裁决立法举措的明智与否是法院的任务的人们提出来了。法院不是惟一的、被推定有治理能力的政府部门。在履行宪法的职责时，国会和法院都可能会令人不快地出现犹豫或被人误解的情况。然而，从长远看，与坦白承认宪法语言中蕴含如下意思——即征税权和支出权包括了通过有条件地给予支助而减缓全国性经济失调的权力——相比，下述对于政府宪章的解释更可能消灭“一个由不可摧毁的州组成的不可摧毁的联邦”的“组成成员”，该种解释认为我们的政府大宪章基于这样的假定，即维续机构的正常运转是政府三个部门其中之一的专门关注的责任，或者该部门单独就可使得政府免于遭到破坏。

（劳东燕译　滕彪校）

（二）宪法革命

6. 西海岸旅馆公司诉帕里思案

(*West Coast Hotel Company v. Parrish*, 300 U.S. 379 [1937])

1923 年的 *Adkins* 案已使对哥伦比亚特区最低工资的联邦规制变得无效，随之，该案被用于撤销类似的州法。根据萨若兰德

(Sutherland)大法官在1923年作出的法院的判决,他曾作过如下评论,经济的萧条可以使得对于此类法律采取不同态度具有合理性。然而,面对1936年的情况,最高法院援引*Adkins*案的判例认定纽约州一项法律无效(*Morehead v. New York*)。在1937年初的*Parrish*案中,华盛顿州直接对*Adkins*案所确立的原则提出挑战。纽约州政府的律师由于采用了良好的策略,因而在前一年避免了类似的挑战。罗伯茨(Roberts)大法官后来宣称,他从未支持过*Adkins*案,但由于此判例没有受到挑战,故而他在Tipaldo案中认为其有义务加入多数。现在,也就是1937年,他转变了立场,法院在最低工资方面戏剧性地推翻了其先前的判例。

大法官休斯(Hughes)宣布法院判决如下:

此案提出了一个问题,即华盛顿州最低工资保障法的合宪性问题。

被称为"妇女最低工资保障法"的该法案,明令规定妇女和未成年人的最低工资(见1913年法律汇编(华盛顿州)第174章,*Remington's rev*. Stat. [1932] 第7623节以下)。它作了规定:

> **第一条** 华盛顿州的福利要求保护妇女和未成年人不在使其身心健康受到有害影响的劳动条件下工作。因而,华盛顿州行使其治安权和主权权力,宣布过低的工资和不卫生的劳动条件施加了此种有害影响。
>
> **第二条** 在华盛顿州任何行业或职业内,如果其劳动条件有损妇女和未成年人的身心健康,则雇用妇女和未成年人就是违法的;在华盛顿州内,任何行业如果在雇用女工时支付的工资不足以维持其生存,这种雇用也是非法的。
>
> **第三条** 由此而设的委员会称为华盛顿州工业福利委员会,为在华盛顿州内雇用妇女和未成年人设定工资和劳动条件的标准,此类标准应是合理的、不至于损害妇女和未成年人身心健康的,并且足以维持就业妇女体面地生存。

该法案有关条款进一步要求委员会确定在该州内就业的妇女和未成年人的工资和劳动条件……

上诉人经营一家旅馆。被上诉人爱尔斯·帕里思(Elsie Parrish)是由上诉人雇用的清理房间的服务员,为了弥补其工资和州法所规定的最低工资之间的差距,她和她丈夫提起诉讼。州法规定每周工作时数为48个小时的最低工资是14.50美元。上诉人认为该法案违背联邦宪法第十四修正案的正当程序条款,因而对其合宪性提出了挑战。州最高法院推翻了初审法院的审判,维持了该制定法并作出对原告有利的裁决……

上诉人根据的是*Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525案中的裁决。该案的裁决认定哥伦比亚特区最低工资保障法因违反第五修正案的正当程序条款而无效。

支配我们裁决的原则是什么，这并没有疑问。应援引的宪法条款是适用于各州的第十四修正案的正当程序条款，正如在 *Adkins* 案中，我们援引适用于国会的正当程序条款一样。在每个案件中，那些反对对妇女最低工资进行规制的人声称，这类规定剥夺了契约自由。这种自由是什么？宪法并没有提到契约自由，它只提到了自由并禁止未经正当法律程序剥夺自由。在禁止剥夺自由的同时，宪法并没有承认存在一种绝对的、不受限制的自由。在提到自由这一短语的每一处，自由均有其历史和涵义。然而，在社会组织中，应该捍卫的自由是，要求针对威胁公民健康、安全、道德和福利的恶行提供法律保护的自由。因而，宪法中的自由必然受制于正当程序的约束，对其主体的合理的、且为社会利益而采取的规制，即属于正当程序。

一般而言，对于自由的必要限制特别适用于契约自由。在 25 年多之前，在参考了由十四修正案所保障的已被广泛引用的有关自由的案件后，我们用下述语言设定了适用原则：

> "正如在其他许多案件中一样，在我们引证的案件中，契约自由是一种须合乎规定的、而非绝对的权利，这一点已得到承认。一个人没有随心所欲去实施行为的绝对自由，也没有按其所愿签订合同的绝对自由。自由的这种保障并没有撤回对包括签订合同在内的广泛行为领域的立法监督，也没有否定政府规定严格保障措施的权力。自由意味着没有恣意的限制，但并不免除为社会利益而对之施加合理规制和禁止。"（*Chicago*，*B* & *Q*.*R*.. *Co*.*v*. *McGuire* 219 U.S. 549，567）

宪法中的此种权力对于契约自由的限制，已经有很多例子来说明了。在雇用合同中，行使这种权力可能会因公共利益的存在而变得不可否认……

一直以来，人们突出强调，认为成年雇员应该有能力去为自己签订合同，这一观点在大约四十年以前的 *Holden v*. *Hardy* 案中遭到冲击，在该案中，我们提出签约方存在地位上的不平等。我们说：

> "立法机关也已经承认许多州的立法经验所证明的事实，即那些行业的业主和他们的工人并没有处于平等地位。在某种程度上，他们的利益是相冲突的。前者自然期望从他们的雇员身上获取尽可能多的劳动，而后者则经常出于害怕被解雇而遵守规章，即使他们适当运用判断力就会宣称，这种规章是有害于其身体健康和体力的。也就是说，业主制定规章制度，而劳动者实际上被迫服从它们。在此类案件中，自我利益的导向经常是不安全的，立法机关可以适当地运用权力介于其中。"

并且，我们补充说："双方均已届成年和有能力签订合同这一事实并不必然排除州的权力，州有权在签约方地位不平等或公众健康要求保护合同一方当事人的场合进行干预。"……

显而易见，这个确立的原则尤其适用于和雇用妇女有关的情况。州在妇女的保护方面有着特殊的利益。在 *Muller v*. *Oregon*，208 U.S. 412［1908］案中，主体所处的此种局面受到慎重考虑。在该案中，州限制妇女工作时间的宪法权力得以维持。我们强调，要考虑到"妇女的生理构造和母性功能的履行使

其在生存竞争中处于不利地位"，而且，"为维续种族的体力和活力，"妇女的生理健康"就成为公共利益所关注和保护的对象"。我们强调需要保护妇女免受压迫，即使她拥有缔约权。我们说：

> "虽然立法可能撤销对于人身和缔约权利的种种限制，然而，限制依然存在，她的性情和生活习惯将不利于充分确认这些权利。她仍处于某些立法专门保护的地位，这对于获得真正的平等是相当必要的。"

因而，"将妇女适当地单独置于某一阶层，并且为保护妇女而设置的立法可能得到维持，即使同样的立法对男性并没有必要，并且不可能得到维持"。我们认为争议中的立法"对她的合同权和就劳动时间达到一致的权利施加了限制"，但这种限制"并非是单单为其利益而施加，而且主要是为了公众利益而施加"。……

在 *Adkins* 案件中持异议的大法官们认为，这一系列先例和其所适用的原则要求应予维护最低工资保障法。在限制契约自由方面，法院对最低工资和最高工作时数所作的区别的合法性特别受到了挑战……挑战继续存在，没有任何令人满意的回答。正如塔夫脱（Taft）首席大法官所断言的："在绝对的契约自由中，一个条件和另一个条件是一样重要的，因为二者均同样受到考虑，对于此者的限制在实质上不会大于对彼者的限制，限制是同样的。一者是乘数，而另一者则是被乘数。"在认可"法律的区别只是程度的差别"的同时，大法官霍姆斯（Holmes）先生意识到在此案和彼案之间，对于自由的干预有类型和程度上的区别，这是我们所关注的仅有的问题。交易同样会受到影响，无论你规制的是合同的哪一部分……

在经由雇主、雇员和公众代表充分审思后，华盛顿州的法案设定了需支付的最低工资线。可以肯定，最低工资线是在考虑了正常条件下特定行业中存在的服务后设定的。在妇女未能全职工作的情况下，特别许可条款规定可以低于最低工资线。大法官霍姆斯先生在 *Adkins* 案中的陈述是切中要害的："这个法规并没有强迫任何人支付东西，它仅仅禁止在所设定的最低健康和适当生活标准之下进行雇用。可以肯定，除非妇女要赚工资或者雇主的业务能承受此种负担，否则即使工资再低，妇女也不会受到雇用。简而言之，就其性质和运行而言，该法律和成百上千已经得到支持的所谓的治安法律是一样的。"……塔夫脱首席大法官有力地指出，在这种性质的立法中，基本的考虑是"人们推定，规定最高工作时数和最低工资要求的立法机关可能认为，在实在法禁止压榨型雇主支付过低的工资时，雇主将在减少由剥削雇员必需品所获利润的情况下，继续他们的业务；而且将同意由法律规定所要求的更好的条件。立法机关可能还认为，在给个别案件带来困难的同时，此种限制将对一般雇员阶层有利，而该法案律正是为其利益而通过的，对社会利益的保障也基本上如此。"……

我们认为这样表达的观点是正确的，在 *Adkins* 案中的裁决偏离了规制雇主雇员关系的州法规应遵守的原则的真正适用。

尽管我们完全同意 *Adkins* 案中多数意见的热切和力量，我们还是发现，那个判决不可能符合这些经深思熟虑的主张。有什么能比妇女的健康和保护她们免受粗率的、野心勃勃的雇主的伤害更为接近公共利益？如果保护妇女是州

权力行使的合法目的，怎么能说相对于这个目的而言，要求支付为满足基本生存条件而公平设定的最低工资并非是一个可容允的途径？显然，州立法机关有权考虑就业妇女的状况。事实是就业妇女属于收入最低的阶层，她们的谈判能力相对较弱，并且，她们往往成为那些善于利用其困窘境地的人们支配下的自愿受害者。立法机关有权采取措施减少“压榨体系”的罪恶，这种“压榨体系”在剥削工人时支付的工资是如此之低，以至于无法满足人们的基本生活需要，从而使得工人们的无助成为残酷竞争中的一幕。立法机关有正当理由认为，在执行其保护政策中，最低工资的保障要求是一个重要的帮助。许多州规定了类似的要求，这证明人们已对该恶行的出现和对其应采纳的制约手段有了深刻的认识。不能认为立法对于这种认识所作出的反应是任性或恣意的，这是我们所必须决定的。即使有人认为政策的明智性存在争议，其实施效果也并未确定，立法机关也仍然有权作出其判断。

近年来经济发展历程已使得一种额外的、迫切的考虑成为众人注目的焦点。工人阶层在谈判能力方面处于不平等的地位，从而，对于雇主拒绝支付其赖以生活的工资，也缺乏相应的防卫能力，对他们的压榨不仅对其身心健康有害，而且为支助他们直接给社会增添了负担，工人们失去的工资正是要求纳税人所纳的税赋。最起码的生活费用必须得到满足。我们明智注意到，在近来的经济萧条期间，出现了对于救济不平衡的要求，而且，尽管经济已经获得了一定程度的恢复，这种不平衡的要求仍然继续处于让人警醒的程度。没有必要去引证官方统计数字来确认国人所尽知的常识。在本案中，在没有提出相应的案情事实的情况下，没有理由来质疑华盛顿州是否也已经面临在别处已存在的同样的社会问题。社会没有义务为贪得无厌的雇主提供实际上的补贴。社会可以引导立法权去矫正那种不顾公共利益、出于自私而产生的滥权行为。认为争议中的法案没有适用成年男性雇员因而该立法构成恣意的歧视的主张，是不成立的。本院通常认为立法权力只要在适当领域内行使，并不必定要规制其可能达到的所有案件之中。立法机关“可以自由认定伤害程度，可以对那些认为具有最明显需要的案件类型施加限制”。如果法律能够对其感触最多的恶行进行打击，人们不可能仅因为该法律没有适用于其本来可能适用的其他情况而推翻它。不存在立法应该采用所有涵括性条款来进行表述的“空泛的要求”。……

我们的结论是，*Adkins v. Children's Hospital* 案应该予以推翻，并在事实上将之推翻。

* * *

萨若兰德（Sutherland）大法官表示异议：

冯．德文托（Van Devanter）大法官、麦克雷纳（McReynold）大法官、巴尔特（Bulter）大法官和我认为应该推翻下级法院的判决……

有人认为对于宣布宪法权利高于违宪立法的司法权之行使，惟一的制约是法官自身的自我克制，这种意见既未经过慎重考虑，也是有害的。自我克制属于意志而非判断的领域。对法官的制约来自于他职责的宣誓、宪法以及他自身的谨慎且有见识的信念。而且，既然他有义务作出自己的决定和相应作出裁

决，很难明白怎么可能还存在其他限制。法院是作为一个整体发挥作用的，它不可能以其他方式发挥功能。因而，多数派（无论是略微多数还是除一名成员异议之外的多数）确立作为法院裁决的支配性规则，只要规则没有变化，它对那些持异议和签署同意意见的人同样具有约束力。否则，条理井然的司法秩序就将不复存在。然而，少数派有权不同意，有时在极为重要的事务上，对他们而言必要时详尽表明异议还是一种强制性的任务——当然无论异议多么强烈，都不得用有失礼节或怀疑持不同意见者的真诚的措辞。

人们主张应该重新考虑所涉及的问题，理由之一即是“因为意外发生的经济状况”。然而，宪法的意思并不随着经济事务的起伏而发生变化。我们经常被一般理论告知，宪法必须根据现实来作出解释。如果这意味着宪法由活的语言组成，它适用于所涵括的每一种新情况，那么前述主张确实是非常对的。但是，如果声称今天的宪法语言蕴含宪法制定时并不具有的意思，也就是说，声称宪法语言并不适用现在的某种情况（而实际上该种情况在制定时本来是会适用的），这就剥夺了文本中的必要组成部分，在人民已经制定了它之后（直到人民而非他们的官员代表作出其他规定为止），这种必要组成部分将继续有效。

司法具有解释的功能，这种功能不包括以解释作为伪饰的修正权。无视二者之间的区别就是无视“国土上的最高法”这一短语所蕴含的涵义，就是把那些不容推卸的、不朽的命令转换成单纯的道德性思考。

在根据这些原则明智而合理地对宪法作出解释时，如果宪法妨碍了合乎需要的立法，那么指责必定是针对文本本身，而不是针对根据宪法条文实施宪法的法院。在此种情况下，补救的方法——并且是惟一正确的补救方法——就是修订宪法。……

（劳东燕译　滕彪校）

7. 全国劳工关系委员会诉琼斯—洛夫林钢铁公司案（*National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 [1937]）

Parrish 案裁决并未表明司法对政府权力的态度发生了根本性的转变。该案仅仅是推翻了甚至在当时即显得与时代不符的 *Adkins* 案判例。然而，数周以后，或许是基于富兰克林·罗斯福（Franklin D. Roosevelt）的抨击和公众意见所带来的压力，在联邦对生产规制方面，最高法院大大改变了其先前的立场。1935年，国会通过全国劳工关系法，保障劳工享有组织权和集体谈判权。煞费苦心的联邦管理机关得以建立，以防止雇主从事不正当雇佣行为。意料之中地，该法案作为一项规制生产的法律而受到挑战。虽然休斯大法官（Hughes）并没有明确推翻那些近年来让人尴尬的 *Schechter* 案和 *Carter* 案判例，但是他确实使得 *Swift v.*

United States 案的贸易条款裁决的范围突破了 20 世纪 20 年代的自由主义裁决。在 Jones & Laughlin 案后，出现了许多由雇主发动的试图对已适用于较小且更为地方性的工业的该法案提出挑战，但是这些努力都失败了。（参见 *N.L.R.B. v. Friedman-Harry Marks Clothing Company*，301 U.S. 58 [1937]）

大法官休斯（Hughes）宣布法院判决如下：

第一，该法案的范围。该法案试图规制所有工业，因而侵犯由州所保留的对于地方事务的权力，且该权力全面受到挑战。人们认为该法案充其量只是貌似规范州际贸易和对外贸易，该法案并非是要规制贸易和直接与之有关的事务，相反，其根本目标是要将国内所有行业的劳工关系置于联邦政府的强制监管之下。此种主张从序言涵义宽广的词句中寻得了支持……在该法案的一系列条款中，人们进一步认为，根据该法案的目的，其适用范围不可能通过解释或适用独立条款得到限制，立法过程表明其具有普遍性的必然目的。

如果对于条款、意图和随之而来的不可分离性的认识是正确的话，那么，该法案必然由于宪法中固有的对联邦权力的限制和第十修正案明示的保留条款而被推翻。见 *Schechter Corp. v. United States*，295 U.S. 495，549，550，554。我们不可能将联邦政府的权力推至极端，以至于抹杀了贸易条款自身所确立的州际贸易和州内贸易之间的区别。在贸易活动中，全国性事务和地方性事务之间的区别对于维续我们的联邦体制是极为关键的。（出处同前）

我们认为，显而易见，对全国劳工关系委员会可以这样来解释，以使其在宪法规定的权限范围内运行。授予委员会行使的管辖权（也适用于本例）来自第 10 条（a）项的规定：

> "第 10 条（a）项　委员会有权（如下述规定）禁止任何人从事（第 8 条所列举的）影响贸易的不正当劳动行为。"

该条款规定了委员会在处理不正当劳动行为时的权力范围，其中的关键词语是"影响贸易"。该法案明确限定了其所指涉的"贸易"（§2（6））：

> "'贸易'这个词的意思是指发生于州际之间，或哥伦比亚特区、合众国所属领地和州、其他领地之间，或外国和州、领地、哥伦比亚特区之间，或哥伦比亚特区、领地之内、或在同一州内但通过它州、领地、哥伦比亚特区或任何外国的两个地方之间的贸易、交通、商务、运输或通讯。"

毫无疑问，该法案所关注的贸易（除了发生在所属领地或哥伦比亚特区之内以外）是在宪法意义上的州际贸易和外贸。该法案也对"影响贸易"这个词下了定义（§2（7））：

> "在贸易中，'影响贸易'这个词的意思是，妨碍或阻碍贸易、贸易流通；已经造成或意图造成妨碍或阻碍贸易、贸易的自由流通的劳动纠纷。"

这种界定既具有排他性，也具有包含性，授予委员会权力并不意味着其权

力可以拓展至所有行业的雇主和雇员的关系之间。该条款并没有将集体谈判施加于所有行业而不顾其对于州际贸易或外贸的影响。它意味着仅适用于可能被认为是妨碍或阻碍贸易的事务，这样限定，必须推断为它是意图在宪法规定的范围内实施控制。直接妨碍或阻碍州际贸易、外贸或贸易的自由流通的行为属于国会权力的调整范围，这是一个人所熟知的原则，产生这种结果的行为并不因为它们出自劳动纠纷而享有豁免权……它是对贸易产生的影响，不是损害的来源，这是一个准则……特定的行为是否确实密切地影响了贸易，以致应属联邦控制并因而处于委员会所获授权范围内，这将随着个案的发生而留待该法规来决定。于是，我们要问的是，本案是否已超越了宪法设定的界限？

第二，争议中的不正当劳动行为。由委员会确立的不正当劳动行为由第 8 条（1）项、（3）项作出界定。它们规定：

> "第 8 条　对雇主而言，以下行为属于不正当劳动行为：
>
> （1）在雇员行使由第 7 条所保障的权利时进行干预、限制或强制；
>
> （3）在雇用、雇用期限、雇用条件方面，对劳工组织的成员或非成员进行歧视……
>
> 第 8 条第（1）项，参照第 7 条，该条规定如下：
>
> 第 7 条　雇员有权自我组织、组成、加入或支助劳工组织，通过自己选出的代表来进行集体谈判，为集体谈判或其他形式的互助或相互保护来进行协同行动。"

由此，就其当前的适用而言，该法案仅限于保障雇员自我组织的权利和选出他们自己选择的代表进行集体谈判或其他形式的相互保护的权利，这些权利不受雇主的限制或强迫。

这是一项基本权利。显然，雇员有组织权和为合法目的选举代表的权利，正如被告有权组织业务和选择高级职员及代理人一样。阻碍雇员自由行使自我组织权和代议权的歧视和强制，正是有能力的立法当局应予以谴责的主题。很久以前，我们阐述了劳工组织存在的理由，我们说，劳工组织得以形成是基于形势的需要，单个的雇员在和雇主打交道时往往处于无助地位。一般而言，他要依赖日常薪水去维持自己和家人的生活，如果雇主拒绝向雇员支付其认为公平的工资，那么他也无法通过离职来抵制蛮横的、不公平的待遇。有必要通过工会来赋予劳工与雇主平等协商的机会……为保障雇员的正当利益，在充分承认雇员进行集体行动的合法性的同时，我们说，国会不要无视这种权利，而是能够对此进行保障。国会能够努力使得雇员一方适当的集体行为成为和平而非斗争的手段。我们说，如果通过干预选择自由而使得代议不具有代表性，这样的集体行为将成为笑柄。因而，为了在雇主和雇员之间能实现谈判和协商，由国会禁止干预代表的选举，"正是基于对双方权利的认可，而不是侵犯任何一方的宪法权利"。……

第三，该法案对从事生产的雇员的适用（有关原则）。被告一方认为，无论就从事州际贸易的雇员说什么，被告企业属于制造业部门，这种劳资关系和活动都不属于联邦规制的范围。这种争辩基于如下主张，即制造业本身并非贸易……（*Schechter Corp. v. United states*，*Carter v. Carter Coal Co.* 案……）

政府方对此类案件予以了区分，被告企业的不同部分被描述成是互相依赖的，正如下述：

> "这是一场铁矿、煤、石灰石沿着既定的通往钢厂的道路的伟大运动，之后通过钢厂，之后又以钢产品的形式进入国内消费市场——这是一种确定无疑的、易于理解的交易过程。"

我们认为，这些活动构成了贸易的"水流"，而艾里桂帕（Aliquippa）制造厂是贸易的中心点。在这一点上发生劳资纠纷将使整个运动陷于瘫痪。有关此方面参考我们在 *Stafford v. Wallace*，258 U.S. 495 案中维持包装商和畜场法（Packers and Stockyards Act）的判决。法院发现畜场只是贸易之流得以通过的"瓶颈"，此处产生的交易不可能与那场运动分离，因而，在畜场发生的买卖没有被认为仅仅是地方性交易。因为此处的买卖在造成"产权的地方性改变"的同时，并没有"阻断流动"，而仅仅在流动的内容方面改变了私人利益。某些案件支持州权对某些财产——即物主意图运往另一州但并无实际运输行为而被认为在州内属物主处置的财产——征收非歧视性的税收，在区分这些案件时，法院指出：

> "人们应该关注的问题并非是国会规制州际贸易的权力范围，而是州权力的特别行使，就其性质运作而言，是否被认为与最高权力相冲突。"……

被告辩称本案与前述所提判例具有实质的区别。被告说 Aliquippa 工厂规模宏大，在厂房、机构、设备方面投入了巨额资金。运至工厂的原材料须停留好久，并经过加工程序后，才在"性质、用途和价值方面发生了实质性变化"。"在很大程度上，出来的成品并不是根据先前的订单及合同而制造，而是完全不同于从另一端进入的原材料。"因而，被告争辩道："如果州际贸易的进出口业务并没有单独将纯粹的地方性事务转归国会规制的领域，那么就可以说，他们之间的联合也不会改变这种地方性事务的性质。"……

我们发现，没有必要来判定被告所经营的业务在特征上是否和"贸易之流"的案件相类似。对于政府为支持本法而运用的保护性权力而言，使用暗喻的这些情况只是特别的而非排他的实例。保护州际贸易免受妨碍或阻碍的国会权力，并非只限于适用被认为是州际贸易或外贸之流的必要部分的交易。各种妨碍和阻碍可能是由于其他来源的损害行为而造成。基本原则是，规制贸易的权力是为"贸易的保护和发展"而实施"所有适当的立法"的权力，是为"促进其增长和保障其安全"而采取措施的权力……；是"培育、保护、控制和限制的权力"。……这种权力是完整的，实施此权力可能用来保护州际贸易"而无论威胁贸易的危险来源是什么"。……虽然单独考虑，行为在性质上属于州内，但如果此类行为与州际贸易有很密切的联系，以至于想保护贸易免受妨碍和阻碍，就有必要对其进行控制；那么，不能否认国会拥有实施此类控制的权力……毫无疑问，鉴于存在两套政府系统，我们必须考虑权力的范围，不允许将此种权力拓展至包括对州际贸易所可能造成的间接的、疏远的影响。考虑到我们社会的复杂性，包含这类影响将在实质上抹杀了全国性和地方性事务之间的区别，导致一个完全中央集权的政府产生……那必然只是程度问题……

由于与州际贸易有密切联系，州内活动可能属于联邦控制的范围，这可以

用从事州际和州内运输的承运人例子来说明。为保障州际交通免受干预或不正当歧视，以及提高州际服务的效率，人们发现，联邦的控制是相当必要的。见 *Shreveport*，234 U.S. 342，351，352 案……显而易见，州内交通主要涉及地方性事务。但在制定费用方面，它们和州际交通有相当密切的联系，以至于要有效控制其中之一，就必须包括对另一者的部分控制。……依据 1920 年的运输法，为了防止对于州际贸易的不正当歧视，国会授权州际贸易委员会对州内费用确立全国性的标准。……

密切的影响使得与生产性行业有关的活动可能成为联邦权力所规制的内容，虽然分开来看，该产业是地方性的。这在适用联邦反托拉斯法中得到充分体现。在 *Standard Oil* 和 *Amercican Tobacco*，221 U.S. 1 的案件中，那项立法适用于从事生产性行业的雇主联合体。……

根据相同的原则，反托拉斯法也适用于从事生产的雇员行为。……

因而，在此相关雇员系从事生产这一事实显然并非是决定性的。问题仍然在于有关劳动行为对州际贸易造成的影响。在 *Schechter* 案中，我们发现，所造成的影响如果太过疏远，就超出了联邦权力的范围（出处同上）。为寻找"临近性或直接性"，我们发现它"几乎存在于每一处"，这是与维持我们的联邦系统相矛盾的结果……

第四，被告企业中不正当劳动行为的影响。即使我们充分关注被告认为其制造活动造成完整、连续的"贸易之流"中断的主张，事实仍然是，由于纠纷所造成的制造活动的停止对于州际贸易将产生相当严重的影响。就被告的远距离活动而言，认为这种影响是间接的或疏远的是言不及义的说法。很显然，这是直接的且可能是灾难性的。我们被要求将视域超越于国民生活中最平常的事实，并在智识的真空里处理具有直接和间接影响的问题。因为与全国许多地方性企业有关的对州际贸易的影响可能仅仅是间接的、遥远的，所以其他产业活动与州际贸易并没有这样的密切联系，以致使劳资纠纷的出现成为全国关注的紧迫事务。当各产业在全国范围内组织起来，使得其对州际贸易的联系成为他们活动中的主要因素时，怎么能认为在保护州际贸易免遭产业斗争的灾难性后果成为必要时，产业性劳工关系成为不允许国会进入的禁域？我们经常说，州际贸易本身就是一个实践性的概念。对州际贸易进行干预必须通过关注实践经验的判断标准来评价，这同样是真的。

经验已经足以证明，承认雇员的自我组织权和为集体谈判目的而自己选举代表的权利，经常是产业和平的必要条件，拒绝协商和谈判一直是最易于导致冲突发生的众多因素之一。……

这些问题经常引起国会的关注，并且一直是众多质询关心的对象。钢铁产业是合众国的基本大工业之一，其衍生的网络性活动在每一点上都影响到州际贸易。政府恰当地提到了造成深远影响的 1919—1920 年钢铁工人大罢工。在较近的时期内，该产业中没有发生大的骚乱的事实并没有解决将来出现骚乱的可能性，也没有消除对于州际贸易产生的相同危险。对此类危险国会能够预见，也有权为制止危险而行使保护权。没有必要再次详述被告企业的情况，我们认为被告企业以相当醒目的方法说明了制造业与州际贸易可以有密切的联系，而并非超出了密切联系的范围。毫无疑问，我们认为，国会拥有宪法上的权力，来保障被告企业的雇员的自我组织权和为集体谈判而选择代表的自由。

第五，该法案适用的方法（依据正当程序条款和其他宪法性限制的问题）。……被告声称，他有权以合理方式经营业务，不受恣意的限制措施的约束。我们的意见指出了这种主张所存在的谬误。雇员有相应的权利为舒解不满而形成组织，有权就工资和工作条件与雇主进行协商。……不能认为旨在防止对此种权利的不当干预所进行的限制是恣意的、专断的。……

该法案并没有逼迫雇主和雇员去达成任何形式的协议。它也没有阻碍雇主"拒绝签订集体合同和依任何条件去雇用个人"，雇主可以通过单方行为来决定。该法案在第9条（a）项中明确规定，任何雇员个人与雇员团体有权在任何时候向其雇主表示不满。该法案的理念在于，与雇员委托的代表进行谈判的机会，可能促进产业的和平，达成该法案本身并没有施加强迫的调整和协商……该法案并没有干预雇主正常行使选择或解雇雇员的权利。不允许雇主以行使权利的名义，在自我组织和代议方面对雇员施加威胁和强制。另一方面，在雇主基于并非是威胁和强制的其他理由而行使解雇权时，委员会也无权以行使权利为名对雇主的解雇权进行干预。真正的目的是，使调查主体有充分的机会展现事实。当雇主慷慨地认可雇员的自我组织权和不受限制的代议权时，在选择权和解雇权的自由、适当行使方面，发生纠纷的情况就会少得多。

有人批评该法案在适用上的一边倒，它对雇主进行监督和限制，却对雇员应负责的滥用行为不闻不问；它没有规定更详尽的计划，即更好地确保双方得到公平的对待，在公平解决（非强制性的）影响州际贸易的劳资纠纷上获得更大成功。然而，我们处理的是国会的权力，而并非是特定的政策或政策应该实施的范围。我们经常说，在适当领域内行使的立法权，无需涉及其适用范围内的所有恶行。在处理立法权范围内的活动所表现出的恶时，宪法并不禁止"逐步、谨慎的前进"。……在此类案件中，问题是立法机关是否在其所规定的事务方面已超越宪法规定的限制。

该法案的程序性条款受到抨击。然而，正如我们所解释的，这些条款并不违反宪法对管理机构的创建和其行为所规定的要求。……

我们的结论是，委员会所发的命令属于其职能范围，如此适用该法案，它是有效的。巡回上诉法院的判决应予推翻，本案将发回至下级法院并根据本意见作进一步审理。

推翻原判。

（麦克雷纳（McRenolds）大法官宣布异议，冯·德凡托（Van Devanter）大法官、萨若兰德（Sutherland）大法官、布特勒（Butler）大法官附署异议。）

（劳东燕译　滕彪校）

8. 美国诉戴比木柴公司（*United States v. Darby Lumber Company*, 312 U.S. 100 [1941]）

这一判决进一步扩展了最高法院就联邦在经济规制方面新的容许。在本案引起争议的是1938年《公平劳工法案》，它设定了

全国性的最低工资标准以及超时工作的规范。除此之外，法案事实上重述了1916年的童工法，它禁止在州际贸易中运输童工生产的产品。到了1941年，最高法院中大部分保守派的新政反对者已经离任，诸位大法官一致拒绝了对1938年法律的挑战。

大法官斯通（Stone）宣布法院判决如下：

本案的资料中提出的两个主要问题在于，第一，国会是否有宪法权力禁止在州际贸易中运输如下雇工生产的木材，他们的工资低于规定的最低限额或其周小时工作量高于规定的最高限度；第二，它是否有权力禁止以不符规定工资水平和工作时间的标准雇佣“用于州际贸易”的产品生产的工人。一个附属的问题是，在与这些禁止性规定相关的场合，国会是否可以要求受约束的雇主记录每个工人每天和每周的工作时限，包括那些从事“生产和制造用于州际贸易的物品、木材……”的人。

在州际贸易中，禁止运输的规定物品……

尽管生产本身不是州际贸易，但跨州运输制造品是州际贸易，而国会对这类运输的禁止毫无疑问是对贸易的规制。规制贸易的权力是“制定贸易所遵循的规则”的权力。见*Gibbons v. Ogden*，9 Wheat 1，196案它不仅扩展到那些帮助、助长和保护贸易的规范，而且也包括那些禁止性的规范……我们能得出的结论便是，国会有权禁止在州际贸易中运输有害的物品，……偷来的物品，……遭绑架的人，……以及诸如有害液体或囚犯制造的物品，这样的运输是目的地州的法律所禁止或限制的。……

但是，据说本案中的禁止性规定不在这些类别之内。尽管禁令名义上是对贸易的规制，但它的动机或目的却是对工人工资和工作时限的规制，对州所保留事务的控制，而乔治亚州和其他的一些州对此并没有加以限制。本案中的法案的效果是，……在规制州际贸易的外衣之下……去规制州内的工资水平和工作时限，这违反了州业已决定对此不加管理的政策。

国会在州际贸易方面的权力“是自治的，可得以最大程度的实践，只要不超出宪法所规定的限制”（*Gibbons v. Ogden*，前注，页196.）。这一权力不能经由对州权力的行使或不行使来扩张或放弃……按照国会对涉及适当地附加于州际贸易的限制的公共政策的界定，它可以自由地排除那些其在目的地州的用途可能危害公众健康、道德或福利的物品的贸易，即便州已经试图规制它们的用途。……

该等规制不能仅仅因为下列因素而被看作是被宪法禁止的侵犯了州权，这个因素是：规制的动机或后果是限制在目的地州内对贸易物品的使用，并且，直到受到其他宪法性规定的禁止，而该规制不是被禁止的。并不反对这样行使管理州际贸易的权力，即如同州行使治安权附带的事项一样，管理州际贸易附带了同样的事项。

本案涉及的规制的动机和目的显然是落实国会对公共政策的理解，即：州际贸易不应在物品流通方面，成为在低于标准的劳工待遇条件下生产的竞争工具，这样的竞争有害于物品流出和流入州的贸易。涉及规范州际贸易的动机和目的是立法机关决断的问题，宪法对此没有加以限制，法院也无权控制……无

论它们的动机和目的为何，没有违反宪法规定的贸易规制就属于贸易条款授予国会的绝对权力。在本案中，仅仅在那一限制的范围内，我们认为禁止在州际贸易中运输违反规定的、在低于标准劳动待遇的条件下生产的物品属于国会的宪法权力。

今天距离 *Gibbons v. Ogden* 案的判决已经一个多世纪了，本院长期以来一直并反复申言这些宪法解释原则适用于贸易条款，如果不是因为 22 年前本院在 *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 中的判决，我们现在应不用重申这些原则。在那一案件中，除了霍姆斯（Holmes）大法官给出的强有力的、堪称经典的异议以外，绝大多数的法官都认为国会无权将童工生产的产品排除在州际贸易之外。当时法院判决的推理和结论与我们今日所得出的推理和结论不可能取得调和，我们认为依据贸易条款，除非宪法有明确限制，国会将任何物品排除在州际贸易之外的权力是绝对的。

Hammer v. Dagenhart 案判例未得以遵循。特殊的地方在于，那一判决的基础是国会禁止州际贸易的权力限于本身有害或有毒的物品——这一区别在当时是崭新的，且不为宪法条款所支持——它早已经被弃置……那一判决的主旨——禁止性规定的动机或其效果是通过特定手段在州内控制物品的使用和生产，从而排除在贸易之外，能够用来剥夺该规制的宪法权威——早已经失去效力。最终，我们业已宣布"在州际贸易方面，联邦政府的权力在范围或特征上与州所保留的在州际贸易方面的权力并没有不同"，……

如下结论是必然的，*Hammer v. Dagenhart* 案的判决疏离了它生前与身后的对贸易条款所作的主流解释原则，作为一个先例，它当时所具有的合法性早已不复存在。现在正是我们应推翻这一先例之时。

工资和时间规定的合法性。法案的第15(a)(2)条款和第六和第七两章要求雇主在工资水平和工作时限上，对所有从事用于州际贸易物品生产的所有雇员的做法要符合规定……

仍然存在的问题在于，有关生产和贸易的此类限制是否是可容许的行使商业权力。国会对州际贸易的权力不限于对州际贸易的规制。这一权力还扩展至那些在州内进行但影响州际贸易的活动，或者国会权力在此的行使使得对其的规制成为实现合法目的的适宜手段，作为在规制州际贸易方面国会获得授权的权力的行使……

国会业已通过本案中的法案接受了如下政策，即：将所有生产时不符合具体劳工标准的物品从州际贸易中排除出去，国会可以选择合理的方式来达到合法的预期目的，即便这些方式涉及州际活动的控制……

谢尔曼法案（Sherman Act）和《国家劳工关系法案》在禁止或控制因影响州际贸易而成为州际活动的贸易权力方面，是相似的例子……

通过压制易于进行州际贸易的非法物品的生产，而采取的州际贸易保护手段和贸易密切相关，因此位于贸易权力的范围之内……为了达到压制通过在低于标准的劳动条件下进行生产而参与全国范围内的竞争的目标，国会没有区分贸易中的运输数额或数量，以及某一特定的运输者或生产者的生产数量。国会认识到，在如今的工业中，小部分的竞争可能影响整体，而许多小生产者的竞争对整体的影响可能是巨大的……

直到 *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 案，它仍然是与这一结论

相一致的。它的原则限于根据谢尔曼法案和《国家劳工关系法案》做出的判决，这些判决是我们予以援引并予以遵循的……

我们的结论与第十修正案无关……该修正案仅仅陈述了一个事实，凡是没有让渡的皆为保留的。从以往来看，第十修正案的通过不过是对在此以前已经确立的联邦和州政府之间关系的宣言性声明，它的目的不过是表达这样的担忧，新成立的联邦政府有可能会行使没有规定的权力，而各州不能充分行使它们的保留权力……

从一开始，很多年来对第十修正案的解释，一直是不剥夺联邦政府诉诸于各种手段实现获授权的权力的行使，只要这些手段适合且显然符合许可目的……

在第五修正案下，工资和工作时间条款的合法性。两个条款都是关于最低工资的要求，规定了最低标准的工资以及对“不低于正常水平 1.5 倍的”超时工作要增加的工资。自从我们在 *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 的判决后，规定最低工资是否属于立法权力就不再是有争议的问题，而行使这一权力的事实并不是对第五或第十四修正案的正当程序的拒斥。而规定最高工作时限是否属于立法权力范围也不再成为问题……

法案毫无疑问是符合宪法要求的。法案警告了这样的人——雇佣别人去生产他将要或预期要跨越州界运输的物品，而没有遵守规定的工资水平和时间要求——对他说，他有可能受到法案所规定刑罚的惩罚。别无更多要求……

（王笑红译　孙晔校）

9. 维卡特诉费尔伯恩（*Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 [1942]）

本案的判决与 *Darby* 一案共同彻底地推翻了先前加诸联邦贸易权力的司法限制。继 1938 年《农业调整法案》(Agricultural Adjustment Act) 颁布后，农业部长通过小麦农场主公决的方式批准了农业部对生产面积配额的限定，同时制定了对任何试图超量生产的行为的处罚措施。*Filburn* 是一位俄亥俄州的农场主，他生产了比其配额超出两倍还多的粮食，结果他被拒绝给予由农业部长签署的销售许可证。*Filburn* 对这部法律提出了挑战，声称这些多生产的粮食只是用于他自身农场的消费。这是最高法院首次在某种产品的任何部分都未涉入州际贸易时，对联邦产品法案予以审察。几年后，法院雄辩地总结了其对贸易条款所持的自由放任主义的立场，它认为这项权力如国家经济需求一样广泛。

大法官杰克逊（Jackson）宣布法院判决如下：

有人强调，依据宪法贸易条款第 1 条第 8 款第 3 项的规定，国会不享有在本案中试图行使的权力。既然我们在 *United States v. Darby* 一案的判决中确

认了联邦对用于贸易的商品生产的管制权，这个问题几乎已不值得考虑，不过还要考虑一个事实，即这项法案将联邦管制权的范围扩展到了非用于贸易而是完全用于农场自身消费的生产上。该法案包括一项对"市场"及其衍生行为的定义，以至于在涉及小麦时，除了传统的含义外，还意指用来"(以任何形式)饲养以销售、物物交易或交换为目的的家禽家畜"的小麦及以其他方式处理的小麦。因此，销售限额不仅包括那些不受处罚的销售量，还应包括用于前述事项中的销售量。根据上述定义，在超额的面积上生产的小麦可被指认为"可用于市场销售"，因此应据此进行处罚。惩罚的作出并不取决于这些小麦——不论其是否在限额内——的某一部分已用于销售还是试图用于销售。总而言之，联邦政府限定的配额包括所有农场主收获的用于销售或农场自需的产品，并且宣布，在支付罚金或按照法案的规定储存或运往农业部以前，在超额的面积上生产的小麦不准处理或使用。

被上诉人认为这是对小麦生产和消费的管制。他强调，这种行为已经逾越了国会依据贸易条款享有的权限，因为这种行为的性质是地方性的，而且它们对州际贸易的影响至多是"间接"的。在答辩时政府主张，这项法案规制的并不是生产或消费，而是销售。而且换句话说，即使这部法案确实逾越了对销售的管制，它作为国会在实施州际贸易管理权时的一项"必要且适当"的措施仍可以被接受。

政府担心这项法案被认为是对生产或消费而非销售的管制，这一顾虑是缘于本院的几项声明与判决，它们可能被理解为这样主张，即诸如"生产"、"制造"和"开采"等行为具有严格的地方性，除了某些本案不具有的特殊情况外，它们不属于贸易管制权的范围，因为它们对州际贸易的影响从法律上来看只是"间接的"。即使在这项权力已具有很大的运行空间的今天，本院仍然没有任何判决认为，当产品的任一部分都没有涉入州际贸易或涉入与此相关的事项时，此类行为也可被管制。我们相信，通过回顾依据贸易条款进行判决的过程可以明了，国会权限的问题并不会参考任何给予诸如"生产"和"间接"等术语以绝对效力的规则来确定，也拒绝考虑这些被质疑的行为给州际贸易带来的实际影响。

最初是马歇尔（Marshall）首席大法官描述了联邦商业权力的迄今未被逾越的界限。……他认为对行使此项权力的有效制约必须通过政治而非司法的途径予以实现，通过这种提醒，他对这种权力的广泛性和深入性予以了强调。……

不过近一个世纪以来，本院依据贸易条款所作出的判决鲜有问题涉及国会在行使此项条款所赋予的权力时所能够从事的行为，而且大多判决完全认可了那些被指控为对州际贸易造成歧视或负担的州行为。在此期间，几乎没有机会肯定对联邦商业权力的行使，而且贸易条款对美国的生活和法律的影响也是消极的，这大部分因为它的实行是对各州权力的限制。在讨论与判决时，参考的关键点经常是被认为处于州的地位所固有的主权概念，而不是国会在行使其被赋予的权力时的"必要性与适当性"。诸如生产、制造和开采这些行为偶尔被认为处于州政府的管辖范围之内，不属于国会依据贸易条款所享有的权力范围。

直到1887年，随着州际贸易法的颁布，州际商业权力才对美国的生活与法律产生了积极的影响。联邦对该商业权力的首次重大行使是1893年谢尔曼

反托拉斯法的颁布，以及此后。主要在1903年之后颁布的许多其他法案。这些制定法引致了新的判决形态，它要求法院诠释宪法的贸易条款时应考虑国会据此行使权力的实际情况。

当初次涉及这种新立法的时候，法院坚持其早期的判决，将国会的权力限定在极小的范围（见 *United States v Knight Co*. 案）……这些早期的判决对此后的五个案件亦起了重要的作用，在这五个案件中，法院最后认为国会依据贸易条款的立法是越权行为。

尽管在这一连串对联邦权力的限制中有一些重要的观点被记载下来，但其他要求对贸易条款予以宽泛解释的案例注定要取代那些早期的案例，并将导致回归那些最先由首席大法官马歇尔确立的原则。……

在 *United States v Knight Co*. 一案的判决作出不久，霍姆斯（Holmes）大法官为支持联邦对州内行为行使权力，在其代表法院作出的判决中指出："州际贸易并非一个技术性的法律概念，而是一个从商业过程中提取出来的实践的概念。"（*Swift Co. v United States*）……情况很快表明，许多州内活动由于对州际商贸的影响而成为应由联邦规制的客体。在一些支持将联邦权力加诸州内事务的案件中，"直接的"这个术语被用来陈述某种结果而非达到某种结果。在其他一些案件中，它被视为与"实质的"或"必要的"同义，而在另一些案件中，它根本未被提及。最近，在处理涉及贸易条款下联邦权限的案件中，此词已被舍弃不用。

在 *Shreveport Rate* 一案中，法院主张，尽管铁路运费具有公认的州内性质并由州主管当局确定，但由于其对州际商贸的经济影响仍可由联邦政府予以修改。Hughes 大法官认为联邦的干预具有宪法的授权，因为"该事项对州际交通具有如此密切和实质性的关系，以使得这种管制对于州际交通的安全、州际服务的效率以及州际商贸公正无碍之状况的维持十分必要及恰当"。

法院在适用贸易条款时对适当的经济影响的确认，通过上面的概括，已使得对这种法律规则的机械运用不再可行。衡量国会依贸易条款所获权限的经济标准一旦被接受，联邦权力的问题就不能再简单的基于该涉诉行为是否为"生产"来确定，亦不能以所谓的"间接"而阻止对其经济效果的考虑。现任首席大法官斯通（Stone）在概括现时的法律状况时指出：

> "商业权力的行使并不仅限于对州际贸易的管制。它扩展至那些对州际贸易或国会行使商业管理权有相当影响的州内活动，这种影响使对其的管制成为达成合法目的——即能使管理州际贸易的权力有效实施——的适当手段。……国会管理州际贸易的权力本身是绝对的和完整的，可以被运用到极限，除了宪法的规定外不受任何限制。……由此可推知，没有任何一种州行为能够合宪地阻止由贸易条款授予国会的规管之权。因此该权力的范围扩展至那些在实质上干涉或阻碍了该权力行使的州内行为。"……

因此，关于管制的客体是否为"生产"、"消费"或"销售"行为对于判定我们眼前的联邦权限问题已不再重要。一项行为具有地方性也许在疑难案件中会对国会决定是否加以管制有所帮助。同样的考虑也可能会帮助确定，在国会没有采取行动时，州对此事项行使权力是否应被准许，即使这样做在某种程度上将影

响州际贸易。但即使被上诉人的行为是地方性的，而且即使它不被认为是贸易行为，不论其性质为何，它仍然可能被国会管辖，只要它对州际贸易造成了实质的经济影响，不管此种影响在早些时候是被称为“直接”还是“间接”。

上诉双方已确认了一份关于小麦产业经济的概述。跨州的小麦贸易是大宗的和重要的。尽管除一个州以外小麦在各州均有种植，但绝大多数州的生产与消费并不均衡。平均有16个州在满足自身对饲料、种子和食物的需求外均有多余的小麦生产。而小麦生产低于消费的其余32个州和哥伦比亚特区均期待这些生产富余州的小麦能在出口的同时提供内销。

许多年来小麦产业都是一个存在问题的产业。国外生产的增加和对进口的限制所带来的主要结果就是截止到1940年的10年间，美国小麦和面粉的出口平均不到总产量的10%，而在20年代，它们平均超过25%。出口贸易的下跌使生产大幅度过剩，加之近年来小麦和其他谷物的供给异常丰富，从而导致了小麦在许多市场的充塞。它们挤满了火车车厢，并且导致在有些情况下谷仓拒绝对之收囤、铁路业对之实施禁运，以阻止进一步的充塞。

许多国家，包括进口国与出口国，已试图去缓和世界市场形势对他们自身经济造成的影响。进口国采取措施刺激生产以达到自给自足。四个最大的出口国阿根廷、澳大利亚、加拿大和美国都实施了各种补偿生产者的计划。这些措施至少在部分上被用于保护生产者能够接受的国内价格。这样的计划一般会转向中央政府的管制。

如果没有管制，美国的小麦价格将会受到世界形势的极大影响。在1941年期间，配合农业调整计划的生产者获得的农产品平均价格约为每蒲氏耳（bushel）1.16美元，而相应的世界市场价格为每蒲氏耳40美分。

不过，农业生产条件的差异使这些收益对不同的小麦生产者意义不同。在几个大型的小麦专业生产区，此种作物的集中程度达到耕地的27%，而且平均产量高达155英亩。除了一些被用于饲料和种子的小麦外，其余的均用于变现销售。来自这些区域的小麦构成了那里州际贸易的大宗物品。

另一方面，在某些新英格兰的州，不到1%的耕地用于小麦种植，而且平均每个农场不到5英亩。1940年，每州销售的小麦占小麦总产量的平均百分比，以价值计算，从威斯康星的29%到华盛顿的90%。除了在大规模生产的地区，小麦通常与其他作物轮番种植，作为牧草播种的辅助作物或作为防止水土流失的保护植被。一些用于出售，一些存留下作种子，还有比专业产麦区比例更大的小麦在农场消费以及为此目的种植。这样的农场主在种植小麦时甚至可能会发现他们的兴趣更多在于消费者一方。

消费自产小麦对州际贸易的影响是基于这样的事实，即它构成了小麦消耗中最富变化性的因素。农场对自产小麦的消费几乎以高于平均产量20%的数量在变化。用作粮食的小麦总量有变化但相对很小，而用作种子的小麦量也相对为常数。

如果通过政府管制的方式去维持小麦的价格，那么无疑通过维持或增加需求的方式与通过限制供应的方式一样能有效。我们面前这部制定法的效果是限制可能用于市场销售的生产量，而那些自给自足的生产在可能阻碍对市场的调节时也会受到限制。被上诉人自身对小麦需求的影响也许是微小的，但这并不足以使其脱离联邦管制的范围，因为在这里，他的份额如加上与他处于相似情

形的人的份额，就远非微小了。……

本院判决明确地认定，贸易管制权包括价格管制权，只要进入贸易的货物依此价格经营并实际对此价格产生影响。被质疑的法案最重要的目的之一就是提高小麦的市场价格，并为此限制可能影响市场价格的产量。很难否认，象家用小麦这样一个具有如此数量与可变性的因素将会对价格与市场状况产生实质性的影响。这种情形很可能会出现，因为在可销售的情况下，这类小麦将对市场构成威胁，而且一旦受价格升高的诱惑，它就会流进市场并制约价格的攀升。即使我们假设这些小麦永远不会出售，但它满足了种植此小麦的人的某种需求，从而可能反映在公开市场的购买力的变化上。在此意义上，家庭生产的小麦与用于商贸的小麦之间产生了竞争。对贸易的刺激就如同对贸易进行禁止与限制一样，显然都是管制的功能之一。这项记录让我们确认，国会可能已完全考虑到，用于农场自身消费的小麦如果全部处于管制的体系之外，可能会产生实质性的影响，即挫败与妨碍国会通过提升价格去刺激贸易的目标。

尽管如此，有人还认为，这项法案强迫一些农场主去购买他们原本可以自己生产的商品，这是对小麦专门生产者的市场与价格的不公平促进。这项法案的核心就在于，对被管制者的个人利益予以限制，并将由管制而产生的利益普遍地施于其他人。在我们的体制下，被管制者和那些受益者的经济利益冲突应当被明智地留给国会通过更加灵活与负责的立法程序予以解决。这类冲突很少付诸司法的决断。再加之这项管制计划的合理性、可行性及公正性，我们没有更多的事情可做。……

（王瑛译　王晴校）

10. 斯图尔特机器公司诉戴维斯（*Steward Machine Company v. Davis*, 301 U.S. 548 [1937]）

1936 年关于 Bulter 一案的判决也证实，这仅是法院暂时偏离一贯所持的对联邦征税和支出的权力的宽容态度。作为对新政的一揽子立法总体表示接受的一部分，法院于 1937 年春天支持了 1935 年社会保障法中的税收条款。下面一案即涉及一项对雇主征收的作为失业补偿金资金来源一部分的联邦税。如果雇主已向一个适当州的补偿计划缴纳了类似名目的税款，他们可免于相应的向联邦支付。这项法案被认为侵越了州权力，并具有强迫各州通过专项立法的企图，因而遭到挑战。在与之相伴随时 *Helvering v. Davis* 一案中，法院认可了老年人社会保障税。该案的结论是国会可以决定适当的税种并用于社会公共利益的目标。这两个案子都以 5:4 的微弱多数通过。

大法官卡多佐（Cardozo）宣布法院判决如下：

由社会保障法规定的对雇佣八人以上的雇主征税的合法性由此判断：……

社会保障法案分为11个独立的条款，其中只有第四条和第三条与本案相关，因此需要予以总结。

第四条的标题是"对雇佣8人以上的雇主的征税"。每位雇主（除法定的例外）都需在每个公历年度内"因其雇佣员工而支付一笔行为税"，税额依据此年度内因该雇佣关系而支付的工资总额的规定比例来计算。……只有雇佣了8个或更多雇员的人才是本法案所意指的"雇主"。……还有另一个不太重要的限制。"雇佣"这个术语也有特殊的定义，排除了农业劳动、私人的家政服务和其他一些小型行业。……这项税收于1936年启动，于1937年1月31日开始首次征收。在1936年的公历年度内，税率为1%，1937年为2%，此后为3%。所征收的税款与国税税款一并上缴美国财政部。……它们并未予以特殊的区分。在一些特殊情况下，可允许税收抵免。……如果纳税人已依州法对失业基金有所捐助，他可用此份额抵免相应的联邦税，但前提是每位纳税人被允许的抵免总额不能超过供抵免的税收的90%，而且这项州法必须由社会保障委员会向财政部长证明，其满足了某种最低标准。……一些对抵免的条件限制是为了保证州的失业补偿法能够名符其实。另一些是为了保证这笔款项在支付给州以后不会流失。为达到后一目的，有一些条款规定，在该项州法获得委员会批准之前，向州基金支付的金额必须立即转给财政部而记入"失业信托基金"的信用账户。……只有到了此时，我们才能说这项基金已由财政部长持有，依其判断将当前支出不需要的基金的任一部分投资于政府证券。他也有权或依指示从基金中向任何适格的州机构支付相当于可从其账户中适度取得的数目的款项。

同样被指控为非法的第三条，标题是"在失业补偿管理方面对州的授权"。依此条款，为了协助州实施失业补偿法，一定数目的金额"被许可拨付"，截止于1936年6月30日的会计年度内的最高额为400万美元，此后每会计年度为4900万美元。……迄今仍未有哪怕一美元的实际拨付。该条款所做的只是对将来的拨款予以授权。……这笔拨款实施时，并非单独从雇佣税的税款中拨付，而是出自财政部的任何资金。本条的其他部分是为了向联邦政府保证，这些拨款不会被用于与拨款初衷相违的事项，而是用于执行真正的失业补偿法。

对此项制定法的攻击在一个扩展的层面上展开。攻击者的理由是，此项税收并非行为税。它不像行为税必须的那样在全美国整齐划一，它的例外规定是如此繁多和武断，以至于违背了第五修正案，它的目的不在于税收，而是对州保留权力的非法侵越，而且州服从该法案即是对强制的屈服，是对不允许他们放弃的政府职能的放弃。

对这些反对意见应予以依次考察，进行对明晰其含义必要的深入的解释。

首先，这项在法案中被规定为行为税的税收，与关税、进口税或基于雇用关系的行为税一样，在全美国是整齐划一的。

1. 有人主张，工作关系对于追求幸福是如此之重要，以至于它不能被克以税赋。这项诉求基于历史。从殖民时代的先例中，我们找到了对在殖民地普遍存在的行为税情况的详细描述。据说它们是与对特定商品的消费相关的。这项诉求也基于原则或对概念的分析。诉求者主张，行为税是对一项特权的征

税。而雇佣，他们认为，是一项权利而非特权，由此可推出对雇佣不能克以行为税。这两项诉求都不能达到期望的目标。

关于追溯历史的理由：无疑，在殖民时代及以后，有许多行为税都或多或少的与对财产的享有与使用密切联系。但这并不证明，即使那时不存在其他税种，这种当时被接受的形式就不可以扩展。……

但事实上，其他行为税的确是存在的，而且很早就被人所知。……

尽管历史的支持不成立，但原则的支持或想象中的支持依然是存在的。我们知道，合法目的的雇佣是一项"自然的"、"天赋的"或"不可剥夺的"权利，当然并非特权。但所谓的自然权利与其他不那么重要的权利一样，都受征税权的管辖。行为税并不局限于可能被禁止的职业或活动。也不局限于那些基于特权的收入。它应扩展至作为普通权利而从事的职业或活动。个人经营一项事业的所作所为与他所拥有的财产一样都应被征税，只要对税种的划分不是专横的或武断的。"营业与财产一样是征税权力的合法客体。"……

州制定法的汇编集里满布着这样的例证，即对为实现普通权利所从事的职业进行课税。我们找不到根据证明，这类在公认的实践中属于州立法机构的权力已被宪法禁止归国会所有。

2. 这项税收既然是一项行为税，它的征收就必须符合统一的标准。并不存在对此项要求的背离。根据已确立的原则，所要求的统一是地理上的，而非本质上的。……

第二，依据第五修正案的条款，这项行为税的例外规定也并不违法。

正如我们所看到的那样，这项法律并不适用于雇佣人数少于 8 人的雇主。它不适用于农业劳动、私人家政服务或其他较不重要的行为。上诉人坚持认为，这些限制的效果是一种有损于税制的专断的歧视。

第五修正案并不象十四修正案那样有平等保护的条款。……但各州在制定税收的措施时，即使受到平等保护条款的约束，也并不完全受严格的同一原则的局限。……他们可能对某些种类的财产课以一个税率，对其他财产课以另一税率，对另一些统一予以豁免。……他们可能对一项特殊行业的经营课以行为税，但又豁免其他一些与此非常近似的行业。……如果这种判断的自由度对州是适当的，那么对受到的限制不是那么严格与狭窄的国会来说，其立法更是合法的。

目前处于争议中的被这项法律所设定的分类与豁免，由于不能被指责为专断的，对政策与实施便利的考虑而获得支持。如果这些分类与豁免已被某州所采纳，并且援引的使之无效的条款是十四修正案，那么它们将因此而得到坚持。……国会的立法因此被认为是合法的，至少就豁免体制而言，尽管我们认为过于明显的歧视可能会等同于没收，从而依据第五修正案被宣布无效。

第三，这项行为税并不因对州的强制而违犯第十修正案或我们联邦制的政府形式中内含的限制，因而并非无效。

这项行为税征集的税款将支付给位于华盛顿的财政部，并因此如同一般公共资金一样予以分配使用……不存在这样的假设，即它们可以被不当地分配或消费。即使它们在征收时带有这样的希望或期待，即一些其他的或相关的利益作为附带事项可能获得增进，但仅仅这样并不能使这项法案归于无效。……这一点确实很难被质疑。本案对上诉人有利的一面建立在这样的主张上，即一项

隐蔽的目标被织入了这项立法的框架中，而且更重要的是，这项目标不仅是隐蔽的，而且在本质上是非法的。尤其是90%的抵免额的存在被用作支持此项主张。但是在该法律屈服于以该主张为基础的攻击之前，批评者必须使两项命题得以成立。……首先，必须有情况显示，税收条款如脱离了税务抵免则不能独立存在。其次，必须有情况显示，税收与抵免相结合构成了强迫的武器，破坏或阻碍了州的自治权。每项命题的真实性对于这些攻击能否成功是极其关键的。因为便利的原因，我们不考察是否有第一个命题的实证，而直接进入对第二项命题的考察。

要在强迫与诱导之间理智地划一条界线，需要我们提醒自己这样的事实，即失业问题是现在普遍存在的问题。（*West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379）这些相关数据均收录在政府法律顾问的答辩状中。在这许多可得到的数据里，仅有一些将被提及。1929至1936年之间，当我国正经历一个周期性的大萧条时，失业人数达到史无前例的数量。通常其均值超过1000万，在高峰时达到1600万甚至更多。挣钱养家人的灾难也意味着依靠其抚养的人的灾难。于是，本身就已足够艰难的失业者的名单，仅仅是那些赤贫者名单的一部分。情况迅速显示，各州并不能给予必要的救济。这一问题在区域与层次上已经演化成全国性的。要使人们不挨饿，国家必须给予帮助。如今已不能再有耐心去倾听这样的辩论，即在这样严重的危机中，国家运用资金以救济失业者及家人的这一目的，仍不及提高公共福利的目的来得重要。……

当存在采取补救性措施的紧急需要时，我们应回答这样一个问题，即这项紧急措施的采取是否逾越了权限。这项法律的攻击者指出，它的终极结果与目标就是要驱使各州立法机关迫于经济压力而根据中央政府的要求颁布失业补偿法。而该法律的支持者则认为，该法的实施并非一种限制，而是创造了更大的自由，使得各州与联邦政府在避免一桩共同灾难的协作中联合了起来。……

社会保障法是为找到途径使所有这些公共机构为一项公共目标合作而进行的尝试。只要各州——出于胆怯或其他的动机——不愿去做那些本属在州内应做的事情，这项新税收的每一元钱就将继续由联邦所完全使用。至少这种推论是允许的，国会也是这样确信的，尽管其保有按自己的意愿支配资金的不可减少的自由。从另一方面来讲，如果允许纳税人在自己的账户上与联邦财政部进行税收抵免，以使其根据地方法规的缴款能够简化或减轻免税的问题和基于国库资源的可能的需要，那么地方税的完纳亦将得到鼓励，负担亦得以减轻。双重征税或处理此问题的负担是公认的麻烦，无论是州的还是国家的政府都想尽量避免。……如果国会相信，通过由地方单位进行救助的方式将比通过当时流行的体制更有利于促进公共福祉，那么从任何一个公正的角度看来，这些彼此协作的地区都不应再缴第二次税。

那么谁又因这项法律的实施而遭到了强迫呢？不是纳税人。他纳税是为了完成地方立法机关的要求。也不是各州。即使现在他们也均未提出因颁布了失业法而受到了强制的影响。……所有这些情形显示，各州对自己的选择是满意的，如果这项法律被宣布无效，各州将会感到非常失望。上诉人主张的困境在于，它混淆了动机与强制。“每项税收在某种标准下都是强制的。在某种程度上，与未被征税的行为相比，征税将经济上的阻碍介入被征税的行为。”……以此种方式观之，任何以某种行为为条件的税收折扣在一定程度上都是一种刺

激因素。但是，若主张这种动机或诱惑等同于强制，则是把法律置于无尽的困境中。这种理论的最终结果将是对哲学上宿命论的接受，它使任何选择都变得不可能。到目前为止，法律仍然受极强的普通理性的指导，其将意志自由假定为解决问题的行之有效的前提。这种假设的智慧在本案中亦有体现。本案中没有任何因素暗示权力的运用具有不正当影响的性质，只要我们假定自由意志这个概念同样适用于州与联邦之间的关系。甚至在那样的假设下，确立压力转化为强迫而不再是诱导的分界点亦是一个程度问题——大概有时亦是一个事实问题。当阿拉巴马州作出选择时，这个分界点并未达到。当该州选择依据自己制定的法律、通过自己选任的机构实施税收减免，而非依据联邦的法律、由联邦的官员予以执行，从而避免了随之而来的——至少在许多人看来——联邦权力及其庇护的一切罪恶时，我们不能说她的行为不是基于自由意志而是迫于相当于不当影响的说服性的压力。实际上，如果她的选择现在基于一种假想的制定法中的强制而被废除，而该制定法又已被其法院认可为对其自身意志的真实表达，那么这将是一种古怪的讽刺。……我们认为这种选择必须予以坚持。

在作出判决的同时，我们留下了许多尚可探讨的问题。一州可能通过采用与完全处于联邦政策与权力范围内的行为无关的制定法而逃避执行国会的法律，如果一项税收是基于这样的情形而被设置，那么我们并不能说它只要由国会立法规定就是合法的。这里我们并未面临这样的问题。在提出税收抵免这一点上，国会并没有越权作份外之事。正如我们已阐明的那样，国会介入的目的在于确保自己的财政状况，同时作为附带，也使各州能够拥有平等的机会。联邦对其自身资源的开支是被制约的，阻碍各州的自由是被控制的。根据纳税人的行为，或其所居住的州——在该州这种行为是被鼓励还是被限制，与该税收在运作中是否有助于国库所需或是否满足其他依法属于联邦范围的目标是无关的——来征税是一回事，……而如果税收的减免要根据行为的做出是否满足国库需要，将税收与选择大概等同起来，这就完全是另一回事了。在这种情况下，如果没有其他的情形，诱导或劝说并没有超越权限。我们并没有划定最终的界限。无论这条边界可能在哪儿，对眼下的目标来说已经足够，即这项法律是位于界线以内的。更精确的定义必须依靠未来人的智慧。……

（王瑛译　王晴校）

11. 弗格森诉斯克卢帕（*Ferguson v. Skrupa*，372 U.S. 726 [1963]）

在1937年以后，最高法院通常会回避就联邦或州对于商业和经济的管制进行挑战。但是，偶尔也会有令人回忆往事的挑战，视此种立法为对契约自由或正当程序的剥夺。颇为讽刺的是，1949年基于Lochner案和Adair案的判决，最高法院拒绝了一个劳工组织的主张，该组织主张北卡罗来纳州的一部法律和内布拉斯加州的宪法修正案违反了言论自由原则，法律的平等保

护原则和正当程序原则。它们禁止只雇佣工会会员的商店，（*Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.*, 335 U.S. 525）在下面这个更晚近的案例中，堪萨斯州一部制定法规定从事“债务理算业务”的行为属于轻罪，除非它附属于合法的法律执业，该法律受到挑战，被认为违反了宪法第十四修正案的正当程序和平等保护条款。布莱克（Black）大法官的意见对正当程序原则的沿革作出了有益的历史回顾。

大法官布莱克（Black）宣布法院判决如下：

……被上诉人的答辩状主张斯克卢帕（Skrupa）从事该制定法定义的“债务理算业务”，但他的业务是“有用并可取的”，他所进行的活动并非“本质上不道德的或危险的”，或在任何方面和公共福利相冲突，因此不应当被堪萨斯州“绝对地禁止”。由三位法官组成的法院听取了斯克卢帕意图证明该业务的有用性和可取性的证据，并结论道该法案是禁止性的，而非管理性的，即使部分地解释为管理性的，也是对于“合法业务”的不合理的管制。因而法院认为违反了第十四修正案的正当程序条款。法院亦相应的禁止了该制定法的执行。

下级法院为支持其判决该制定法无效的观点时仅讨论了一个案例，即 *Commonwealth v. Stone*（1959），在该案中宾夕法尼亚州最高法院推翻了一部制定法，与本案堪萨斯州的法案极其相似……做出此种判决，宾夕法尼亚州最高法院在很大程度上参考了 *Adams v. Tanner*, 224 U.S. 590（1917）案，该案认为正当程序条款阻止州禁止对于有用的并且在本质上不是不道德的，或对公共福利有危险的业务。

本案中的地区法院和宾夕法尼亚州在 Stone 案中的法院采纳了 *Adams v. Tanner* 一案以及与此类似的案件的观点，为判定某一制定法是否对于特定的业务干涉过多，并因此违反了正当程序条款，法院依职权对于该业务的道德性、合法性和有用性做出判断。在由我国宪法创造的政府系统中，是立法机关、而不是法院来决定立法的明智和效用。最高法院曾经用正当程序条款来推翻一些被认为是不合理的法律，即不明智的或和某些特定的经济或者社会观点相矛盾的法律。以此种方式，例如，最高法院曾用正当程序条款宣布一规定面包店最长工作时间的法律为无效，*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45（1905）案；宣布劳方不加入工会的合约（“yellow dog” contract）为不合法；*Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1（1915）案；规定妇女最低工资，*Adkins V. Children's Hospital*, 261 U.S. 525（1923）案；确定大块烤面包的重量，*Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504（1924）案。司法权力对于立法价值判断领域的干预在当时受到了强烈的反对，霍姆斯大法官和布兰代斯大法官尤为反对……

主导上诉案例以及类似案例的观点，即正当程序条款授权法院在认为立法机构的行为不明智时可以判决法律违宪，已被抛弃许久。我们已经返回到最初的宪法观点，即法院不得用自己的社会和经济信仰取代被选举为法律制定者的立法机构的判断。正如本院在 1941 年的一个一致意见的判决中指出的，“我们并不考虑立法的明智、需要或恰当性”。立法机关有许多机会就经济问题做出

尝试，而本院并无意“使各州承受不可容忍之监管，与我们最基本的治理原则相抵触，并完全排除在第十四修正案一般性条款意图确保的保障之外”。目前的观点是各州“有权立法禁止对于内部业务和商业事务有损害的实践，只要这些法律不和联邦宪法或一些有效的联邦法律明确禁止的事项相冲突”。

我们业已放弃使用“轮廓模糊”的正当程序条款来判决法律无效，因为本院大多数法官认为这在经济上是不明智的，因此参考 *Adams v. Tanner* 案正如遵循 *Adkins v. Children's Hospital* 案的判决一样是不正确的，后一判决在后来的 *Wast Coast Hotel Co. v. Parrish*，300 U.S. 379 (1937) 案中被推翻……我们断定堪萨斯州立法机构可自由决定立法是否需要对债务理算业务做出规定。毫无疑问，有观点认为债务理算业务于社会有利，但这种观点应当向立法机构提出，而不是向法院提出。我们拒绝作为“衡量立法明智性的超立法机构”，我们尤其拒绝重返法院使用正当程序条款“推翻州对于工商业条件予以调整的立法，因为这些立法是不明智的、缺乏远见的、或者和特定的思想流派不协调的”。我们不能也不愿通过将法律区分为“禁止性的”和“管理性的”而为之划分界限。立法机关是否把亚当·史密斯（Adam Smith）、赫伯特·斯宾塞（Herbert Spencer）、凯恩斯（Keynes）勋爵或者其他人的学说当作自己的教材不是我们所要考虑的。堪萨斯州对于债务理算业务的立法可能是明智的，也可能是不明智的。但是如果需要任何救济，应当向堪萨斯州的立法机构寻求，而不是向我们寻求。

这部制定法也没有给予律师以例外对待而否认了对于律师之外的人以法律的平等保护。制定法创制了许多分类但并没有拒绝平等保护，它只是招人嫉妒的差别对待，而冒犯了宪法。债务理算业务产生了一种信托关系，其中在无力清偿债务时，债务理算者将以进行破产程序的方式整理有关的财产。该债务理算者的客户可能会就以下问题寻求建议：对他提起的各种请求的合法性，现存州法对于借贷关系的救济，或破产法的条款，而非律师是无法合法地给出这些意见的。如果堪萨斯州希望债务理算业务仅限于律师从事，平等保护条款对此并不予以禁止。我们也认为：上诉人的主张——这部堪萨斯州制定法的标题没有他眼中的堪萨斯州宪法要求的那样具体，就是对第十四修正案的违反——是没有法律依据的。

（王笑红译　孙晔校）

12. 卡曾巴赫诉麦克朗（*Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 [1964]）

本案与 *Heart of Atlanta Hotel v. United States* 案属同类案件，维持了《1964 年民权法案》“公共设施”章节的规定。这两个案件都涉及了利用联邦的商业权力保障对于公共设施的平等使用。*Heart of Atlamta* 案简单明了，因为汽车旅馆临近州际高速

> **公路，并且75%的顾客来自于外州，但是，*McClung* 一案涉及的是一家家庭所有的餐厅，该餐厅的主要业务在当地。然而联邦政府还是认为该餐厅和州际商业有实质的联系，由于其近一半的食物供应是来自于本州之外。除了民事权利的考虑之外，在 *McClung* 一案中，最高法院继续赋予国会广泛的自由，以决定哪些事项可以由其适当管理。**

大法官克拉克（Clark）宣布法院判决如下：

奥利烧烤店是位于阿拉巴马州伯明翰市的一家家庭所有的餐厅，主营烤肉和自制馅饼，餐厅可容纳220位顾客就餐。该餐厅位于一条州内高速公路上，离州际高速公路有11个街区，离火车站和公共汽车站也有相当距离。餐厅主要面向家庭和白领用餐，并向黑人提供外卖服务。餐厅雇用36名员工，其中三分之二是黑人。

在《民权法案》通过前的12个月中，该餐厅在当地约购买了15万美元的食物，其中69683美元或者46%用于购买肉类，是由当地供应商从州外购买后向餐厅提供的。地区法院清楚地发现该餐厅供应的很大一部分食物来源于州际商业。餐厅从1927年开张时起就拒绝向黑人提供就餐设施，从1964年6月2日起，餐厅的行为即违反了《民权法案》。下级法院判定如果要求餐厅向黑人提供服务，餐厅就会丧失一大笔业务。

就事实问题，地区法院认为根据第十四修正案《民权法案》不能在本案中适用，因为阿拉巴马州并没有卷入餐厅拒绝向黑人提供服务之中。地区法院还承认第十三修正案并无权赋予《民权法案》以效力，也无权使之无效。就商业条款而言，法院发现该条款"明确授权国会管理州际商业，包括人员、货物或信息的跨州流动"；法院还发现该条款还"授权国会管理州内活动，但管理行为仅限于对于有效执行明确授予的管理州内活动的权力必要或适当的行为"。法院认为为了保护州际商业而对于本地活动予以一定的限制必须建立在两者之间有紧密的、实质的联系的基础之上。然而，法院判定国会并没有为符合这条规则找到充分的事实，而是将一个结论性的假设规定为立法，即如果某一餐厅向州际旅行者服务或提供服务，或者该餐厅提供的大部分食物来自于州际商业交易，该餐厅的经营就对州际商业产生影响。就此，法院认为该规定无法适用，因为在通过州际贸易购买并在餐厅出售的食品和国会关于餐厅歧视会影响州际商业的结论之间没有可论证的联系。

Heart of Atlanta Hotel 案的基本判决意见……回答了被上诉人的许多争辩。此处我们勾勒出（《民权法案》）第二篇的全部目的以及运作计划，发现其要求宾馆和汽车旅店无论种族或肤色向过往旅客提供服务，是有效地行使了管理州际商业的权力。在本案中，我们考虑该法案对于餐厅提供的大部分食物来自于州际商业交易的适用情况。

3.《民权法案》的适用

州政府并未辩称餐厅的歧视得到了阿拉巴马州的支持。也没有主张认为州际旅行者经常光顾该餐厅。因此惟一的问题仅限于将《民权法案》第二篇的规定适用于近7000美元的食物来源于州际商业交易的餐厅是否是有效地行使了

国会的权力。州政府声称国会有充足的基础发现，如果餐厅的大部分食物供应来自于州外，餐厅中存在的种族歧视实质上对州际商业施加了全国范围内的商业负担。被上诉人主要的论点直接针对该前提。他们认为并没有这样的基础存在。这正是我们现在所要探讨的问题。……

5. 国会管理当地活动的权力

被上诉人认为国会武断地创造了一个结论性的推定，即所有餐厅都符合《民权法案》设定的“影响商业”的标准。换言之，他们反对忽视将具体的条文适用于个案，就特定餐厅中存在的种族歧视是否影响商业做出司法的或行政的决定。

然而国会制定该法案的行为并非没有先例的。在 *United States v. Darby*, 312 U.S.100（1941）案中，最高法院认为 1938 年《公平劳动标准法案》是合宪的。在该法案中，国会决定在商业货物的制造业中向雇员支付的标准工资，尽管本身不是商业性的，但应是联邦管制的对象。和本案类似，此案中被上诉人辩称因为该法案没有规定就标准工资对特定的业务的影响给与独立审查的条款，因此该法案是无效的……但最高法院拒绝了这一论点……

此处，正如上述情况一样，国会单独决定拒绝向黑人提供服务对于州际食品和货物流通都普遍地施加了负担。当然，当确定特定的活动对于商业的影响时，仅有国会所提到的事实是不足以排除最高法院的进一步审查的。但是一旦我们从呈现在立法者眼前的事实和证明中发现，立法者有理性依据找出对于保护商业有必要的管理机制时，我们的审查即应终止。惟一遗留的问题是特定餐厅是否向州际旅行者服务或提供服务，或者该餐厅提供的大部分食物是否来自于州际商业交易……而下级法院已做出过肯定的回答。

当我们面对呈现在国会面前的事实时，我们必须断定，餐厅中存在的种族歧视对于州际商业的自由流动会产生直接的负面的影响的论断是有理性基础的。就《民权法案》和本案相关的章节，第201(b)(2)节和第 201(c)节，国会仅禁止和州际商业有密切联系情况下的歧视，例如，和 McClung 一家的情况一样，供应的食物来自于州外。我们认为，这样做使得国会通过将《民权法案》的适用范围仅扩展到向州际旅行者服务或提供服务的餐厅，或者提供的大部分食物来自于州际商业交易的餐厅，在其权力范围内有效的保护和促进了商业交易。

在歧视性的餐厅服务和州际食品流通关系方面，直接证据的缺乏是被上诉人极其倚重的一个因素，但它并非一个严重的问题。

国会在这一领域的权力是广泛而彻底的。在其范围之内，并且不违反明确的宪法性限制，最高法院必须遵循这样的规则，不对国会权力的行使予以干预，这几乎需要回溯到共和国建立之初。我们发现《1964 年民权法案》，如在本案中所适用的，显然对于国会找出首要的全国性商业问题的解决办法是适当的。我们认为该法案没有违反任何明确的宪法性限制，因此是有效的。

因此，驳回原判。

（王笑红译　孙晔校）

第三编

宪法与自由权

（1941—1980）



一、斯通法院（1941—1946）

（一）宗教自由

（一）宗教自由

1. 西弗吉尼亚教育委员会诉巴内特（*West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 [1943]）

下述案件表明耶和华目击者教派（Jehovah's Witnesses）和公立学校在强制性向国旗敬礼问题上的争论已达白热化。耶和华目击者把向国旗致敬和崇拜雕像同等看待。1940年法院在 *Minersville District Court v. Gobitis*, 310 U.S. 586 案中判决维持学校在国旗敬礼方面的要求。弗兰克福特（Frankfurter）大法官认为"国家统一是国家安全的基石，而向国旗敬礼象征并加强了这种国家统一"。他还以司法克制来论证此类规定的正当性，他强调法院没有能力介入涉及"教学法和心理学原理"的问题。虽然向国旗敬礼是一个地方教育委员会的规定，弗兰克福特（Frankfurter）把它看成好像是州本身的行为。只有斯通（Stone）大法官表示反对，认为这种规定侵犯了宗教信仰自由和言论自由。1942年，多数意见中有三个法官对 *Gobitis* 案的判决表示遗憾（*Jones v. Opelika*, 316 U.S. 584）。第二年，最高法院以6:3的比例彻底推翻了 *Gobitis* 案的判决。杰克逊（Jackson）大法官以斯通的反对意见为基础，在涉及权利法案的案件中，对弗兰克福特（Frankfurter）的司法克制观念提出挑战。

大法官杰克逊（Jackson）宣布法院判决如下：

根据本院1940年7月3日对 *Minersville District Court v. Gobitis*, 310 U.S. 586 的判决，西弗吉尼亚州立法机关修改了自己的法律，要求该州所有的学校开设有关历史、公民以及联邦宪法和州宪法方面的课程，"以实现下述目的：教授、培养、固化美国主义（Americanism）的理念、原则和精神并增加政府组织和管理机制方面的知识"。

1942年1月9日，西弗吉尼亚教育委员会通过一项规定，其中充斥着源于本院 Gobitis 案判决意见的语句。它规定向国旗敬礼应当成为"公立学校活动日程的常规组成部分"，所有的老师和学生"都要参加向国旗敬礼的仪式，在这种仪式中，国旗代表着国家；它还规定如果有人拒不参加，那就表明他不愿服从，他就要因此而受到相应的惩罚"。

起初，教育委员会的决议要求实行它所规定的"为大家共同接受的向国旗敬礼"。家长、教师联合会、男女童子军、红十字会、妇女俱乐部联盟反对这种敬礼，因为它"太像希特勒所搞的那一套"。考虑到这些反对者的意见，确实有迹象表明对最初的要求作了一些修改，但并没有向耶和华目击者作出任何

让步。现在要求的是"硬臂（stiff-arm）"敬礼。敬礼者右手掌心朝上，逐步抬起，同时背诵："我向美国国旗以及它所代表的国家宣誓效忠。它是一个不可分割的国家，它捍卫所有人的自由和正义。"

没有遵守这种要求就是"不服从"，要受开除出校的处罚。依据州法，除非表示顺从，被开除者不能再度入校。与此同时，被开除者不去宣誓是"非法缺席"，因而会被当作少年犯而受到起诉。他的父母和监护人也有可能受到起诉，如果他们被判定有罪的话，就被判处不超过 50 美元的罚款和 30 天以下的拘役。

被上诉人是美国公民和弗吉尼亚州公民，他们在联邦地区法院代表自己以及那些和他们处境相同的人提起诉讼，要求法院发布禁令，阻止这些有违耶和华目击者教派信仰的法律和决议的执行。耶和华目击者是一个非法人团体，它教导说，上帝之法中规定的义务高于世俗政府立法中规定的义务。他们的宗教信仰本于《出埃及记》第二十章第四、第五段的最初教诲，它们规定"不可为自己雕刻偶像，也不可作什么形象，仿佛上天、下地、地底下、水中的百物，不可跪拜那些像，也不可侍奉它。"他们认为国旗是这一律令意指的形象之一。因此，他们拒绝向它敬礼。

持有这种信仰的学生或已经被学校开除，或一直受到被开除的威胁。官员们恐吓要把他们送进收容有犯罪倾向的少年犯的感化所。这些孩子的父母已受到起诉，或者受到以他们引发了犯罪为由要起诉他们的威胁。……

本案要求我们重新考虑先例，就像本院在其历史中经常被要求的那样……

一如现在的首席大法官在 *Gobitis* 案中发表的反对意见，州可以"要求通过讲授和学习我国历史上所发生的一切以及我国政制的结构和组织，其中包括对公民自由权的保障，以鼓舞爱国热忱"（310 U.S. at 604.）。但是，在这里我们要解决的是强迫学生表明信仰的问题。不是简单地要求他们熟悉向国旗敬礼的仪式，而且它是什么甚至它意味着什么的观念也因此得以渗透到他们的内心。这里的问题是这种缓慢的、易被忽略的、用以激发忠诚和合乎宪法的仪式，是否会因代之以强迫敬礼和标语而违宪。……

毫无疑问，与宣誓相联系，向国旗敬礼是言论的一种形式。象征是原始的但同时又是有效的沟通思想的途径。用一种标志物或旗帜去象征某种制度、理念、机构或者人格是思想交流的捷径。事业、国家、政治派别、地方会社和宗教团体都试图把它们的追随者的忠诚通过旗帜、色彩或图案等象征物联结起来。国家借助于王冠、权杖、制服、黑袍来宣告等级、职能和权威，教会则借助于十字架、耶稣受难像、祭坛、圣所和牧师服。国家的象征经常传达政治的理念，一如宗教的象征传达神学的精义。与这些象征相联系的是接受或尊敬的仪式：敬礼、垂首、脱帽、屈膝。个人在仪式中获得他赋予仪式的含义。一个人的宽慰和激励可能是另一个人的厌恨与憎恶。……

还要指出的是，强迫向国旗敬礼或宣誓要求的是确立信仰和内心的态度。不明确的是，该决议是否忽略了学生们此前抱有与此相冲突的信仰，所以不愿转而参加这种规定的仪式，以及该规则是否可以接受学生以无内心信念的言辞或毫无意义的姿态来假装认可。只有在言论表现出明显和即刻的行动的危险，并且州被授权对这种危险加以预防和惩罚时，对观点表达的检查和压制才是被我们的宪法所容忍的，这是一个常识问题。看来要求非自愿的确立信仰比起要

求沉默需要更为即刻和紧急的条件。但是，在这里，西弗吉尼亚州在不能断定在国旗致敬仪式中消极对待会产生明显和现存的危险的时候，就运用了强制性的权力。而只有存在明显和现存的危险时，钳制言论的努力才是正当的。如果要支持向国旗致敬，我们就不得不承认，保障个人言论自由的权利法案竟然听任公共权力迫使公民表达非其所想的言论。

宪法第一修正案是否允许官员们要求学生遵循此种性质的仪式并不决定于——作为一种自愿的行动，我们对它的评价是好，不好还是无关痛痒。任何国家主义的信条都会包含某些人所反对的内容，漏掉某些人认为极端重要的内容。又因为人们对它有不同的侧重点和解释，所以表现出不同的弦外之音。如果官方有权要求强行接受某些爱国信条，这些爱国信条包含哪些内容不应当由法院决定，其大部分属于立法者的自由裁量，它拥有立法的权力，无疑它也有修改法律的权力。所以，声称——强迫美国公民公开表达他们的信仰或者强迫他们参加全体一致同意的仪式的——权力的有效性提出了这样的一个权力问题，对这种权力的考察必须独立于我们讨论仪式的功用问题时具有的想法。

而我们所考察的问题也不取决于个人拥有的独特宗教观点以及他们对此的忠诚程度。……

据称向国旗致敬对法院提出了“林肯系统阐述过的令人难忘的两难”：一个必要的政府对于它的人民的自由来说是太强大了好些，还是对维持自己的生存来说太软弱了好些？而答案肯定偏向于加强政府的力量。（*Minersville District Court v. Gobitis*）。……

我们认为这些问题可以免受上述考虑引发的压力和限制的影响。

林肯是否会认同州开除学生有力地证明了政府维持自己力量的巨大正当性，这一点是大可怀疑的。政治论辩中经常出现的过分简单化，常常缺少作为司法推理的前提的精确的必然性。如果把上述引文合法有效地运用于本案，那么，根据它来解决每一个与权力有关的问题只会取悦于掌权者，以至于我们要推翻每一种自由权，因为它们被看成削弱或阻碍了掌权者政策的推行。

有限政府并不必然意味着软弱无力的政府。权利得到保障的确信有利于减少对强大政府的恐惧和猜忌，而通过使我们觉得生活在它的统治之下是安全的，它获得了更好的支持。如果没有权利法案对有限政府的允诺，我们的宪法是否有足够的说服力得以批准通过是大可怀疑的。今天要实现那些权利，并不是要选择弱小政府，抛弃强大政府。在此它只是作为加强个人行使其思想自由的手段，而不是官方训练的一致性，对于后者历史已经表明了它的令人失望和灾难性的后果。

而我们现在面临的问题就是这项原则的例证。免费的公共教育，如果忠实于世俗教诲和政治中立，它就不会成为任何阶层、信条、政党和宗派的党徒或者敌人。但是，如果要强加某种意识形态训练，每一个政党、教派都会寻求对教育体制的效果的控制，如果做不到这点，他们就会去削弱它的效果。奉行有限政府并不会削弱政府在适当的领域里运用权利……

在 Gobitis 案的判决中，还提出了这样的一个问题。州、县以及教学区的教育官员履行某些职责，如果我们去侵犯他们的权力，“在实际上就使得我们自己成为这个国家的教育委员会”。……

3. *Gobitis* 案的判决还推论道，它属于这样的一个领域。在这个领域中，

“法院没有明显的能力，肯定也没有控制性的能力”。和法院一样，立法机关也被赋予了捍卫珍贵的自由的权力，在公共舆论中以及在立法大会上，“通过努力获得立法权威的明智运用”较之于“把这种争议移转到司法领域”在宪法上更加恰当。因为对立法机关来说，所有导致政治变化的有效手段都可以自由采用（同上，见页 597—598，600）。

权利法案的根本目的就是使得某些问题免受政治争论变化无常的影响，把这些问题置于大多数人和政府官员的能力范围之外，把它们确立为法院适用的法律原则。人的生命、自由、财产权利，言论自由、出版自由、信仰自由、集会自由的权利和其他的基本权利并不诉诸于投票。它们不取决于任何投票的结果。

在权衡双方当事人争论的分量时，重要的是区分作为传达第一修正案原则的第十四修正案正当程序条款和仅为正当程序条款本身的目的加以适用的情况。和第十四修正案相抵触的立法，如果它也和第一修正案相抵触，那么，与只是涉及第十四修正案的立法相比，对前者的审查标准就更加明确。当第一修正案具体的禁止成为审查的标准时，正当程序条款的许多模糊之处都消失了。在涉及正当程序条款成为审查标准的情况下，州规制公共事业的权力可以包括各种各样的限制，只要立法机关采取这些限制有“合理的根据”。但是言论自由、出版自由、集会自由以及信仰自由不能因为这么微不足道的理由就被侵犯。只有在州合法保护的利益受到了重大的和即刻的危险的情况下，它们才可能受到限制。当第十四修正案直接作用于各州时，最终适用本案的是第一修正案的更加具体的限制，指出这一点很重要。

我们把权利法案适用于官方权威的主张这一职责并不取决于，在权利受到损害的这个领域中，我们拥有非凡卓越的能力。的确，权利法案是十八世纪自由主义的政府模式的一部分，要把它的庄严而普遍性的条款转化成对官员处理二十世纪的问题时的具体限制，这是一项让人缺乏自信的任务。这些原则得以出现的土壤还产生了这样的哲学：个人是社会的核心，他的自由只要在没有政府限制的情况下就能够获得，政府应当被授予为数有限的控制权，对个人事务的监督应当是极端温和的。我们必须把这些权利移植在另一种土壤里，在其中不干预的自由放任的概念或原则已经萎缩了，至少在经济事务中是如此。社会进步越来越多地通过更加紧密的社会整合和扩张、强化政府控制来实现。这些变化了的条件常常消弭了先例的可靠性并约束了我们，使我们不能依据自己的判断作出选择。我们之所以在这些事情上采取行动，并不是因为我们胜任职位的权威性，而是由于我们被赋予的强力。不能因为对我们在公共教育这种专业性领域中能力的不那么乐观的估计，我们就否定下述的判断，在自由受到侵损时，历史强化了本院的职责。……

最后，作为 *Gobitis* 案判决的核心的是，它推论道“国家的统一是国家安全的基石”，政府“为了达到国家的统一有权采用合适的手段”。因此它得出了下面的结论，此类实现“国家统一”的强迫手段是合宪的（同上，页 595）。我们对本案的判决取决于上述假设的真实性。

如果官员只是通过劝说和榜样去培育国家统一的目标，那是没有问题的。关键在于，这里所用的强迫手段对于实现国家统一的目的而言，是否是宪法所允许的。

为了支持某些在当时或对国家而言具有重要性的目标，强制情感的统一被许多邪恶的人们所利用，也被许多善意的人们所利用。国家主义是一个相对晚近的现象，在其他的地方和别的时代，目标就会是种族安全、地区安全、对某一王朝和政权的支持以及拯救灵魂的各种具体计划。当寻求统一的最初的温和手段失败以后，那些渴求它成功的人们就会求助于日益严厉的手段。当政府施加的寻求统一压力愈来愈大的时候，统一于谁的问题就变得愈来愈尖锐。可能没有别的问题能够比教育官员必须选择哪种原则和程序，以迫使年轻人联合在一起这种事情更易于激起我国人民的分裂了。这种强迫统一的企图最终都是无效的，这是得自于每一种此类努力的教训：从罗马人对扰乱其异教统治的基督教的镇压、作为宗教和王朝统一手段的宗教裁判所、作为俄国统一手段的西伯利亚流放，一直到我们目前的极权主义敌人即将失败的努力。那些以强迫手段排除异议的人很快就会发现他们是在消灭持异议者。强迫的意见统一只会统一到坟墓中去。

设计宪法第一修正案的目的就是要以避免这种开端来避免这种结局，这一点已经是老生常谈的了，但还是很有必要指出。国家的美国概念、国家权利的性质和起源的美国概念没有什么神秘之处。我们经由被统治者的同意建立了政府，权利法案拒绝给那些掌权者在法律上以任何强迫同意的机会。这里的权力受公共意见的控制，而不是公共意见受权力的控制。

这个案件之所以疑难，并不是因为作出决定的原则模糊不清，而是因为所涉及的国旗是我们的国旗。但是，我们适用宪法的限制性规定时并不担心智识上的、精神上的多元乃至冲突，这种自由并不会导致社会组织的解体。用自发自愿的爱国仪式代替强迫性的仪式，爱国主义就不会发扬光大，这种想法是对我们的制度对自由的头脑的吸引力的坦率估计。我们把智识上的个人主义和由于思想特殊而产生的文化多样化归功于特殊的头脑，获得这些仅仅以偶尔的怪癖和异常态度为代价。当它们对州以及他人没有什么害处时，代价不是太大，就像我们在本案中处理的那些行为一样。但是，差异的自由不局限于那些不重要的事务。那不过是自由的影子。对这种自由的实质的考验在于，对那些触及现存制度核心的事务是否享有持异议的自由。

如果说在我们的宪法星座中有什么恒星的话，那就是任何官员，不论职位高低，都不能规定在政治中、在国家主义中、在宗教中、或者在其他发表意见的事务中什么是正统的，也不能强迫公民通过言辞或行动来坦白自己的忠诚。即使存在任何允许例外存在的情况，我们现在也还没有想到。

我们认为地方政府强迫向国旗致敬和宣誓的行为超越了对它们权力的宪法限制，侵犯了智识和精神的领地，联邦宪法修正案的目的就是保护它们免受任何的官方控制。

本院在 *Minersville District Court v. Gobitis* 案的判决，以及在它之前并预示了该判决的那些全体一致（per curia）的判决都被推翻，禁止西弗吉尼亚法规的实施的判决得以维持。

*　　　　*　　　　*

大法官弗兰克弗特（Frankfurt）提出了异议：

如果一个人属于历史上受到歧视最深、迫害最重的少数派，那么他就不可能对我们宪法保障的权利无动于衷。假如我所表达的只是与此相关的纯粹的个人态度，我一定会热切地赞同在本院判决中体现出来的自由主义的观点，尽我一生把自己的思想和行动展现出来，就像我的同事们在本案中所做的那样。但是，作为法官，我们既非犹太人，亦非外邦人，既非天主教徒，亦非无神论者。无论因我们移民到美国从而获得公民权时间的早晚，我们都对宪法具有同等的忠诚，我们都受到司法责任的同等约束。作为最高法院的大法官，不管我是多么的珍视自己对有关政策的个人看法，也不管如果它们未被考虑，我会感到多么失望，我都没有把自己的想法注入到宪法之中的正当性。在本案中，州的主张是它在自己的权限范围内制定和实施法律，而个人的主张则是出于良心的要求，拒绝服从法律。法官的职责是决定双方当事人在法庭提出的主张哪一方能够获胜，他的职责和普通人的职责不同。当法官履行他的职责的时候，关于法律是明智还是邪恶的个人观点应排除在外，这一点是无论怎样强调都不过分的。我们甚至认为只有我们的观点才具有实质意义，不管立法者是否已依据理性制定了这样的法律。考虑各种情况，包括本院处理此类问题的历史，要否认理性的立法者有权制定正接受我们审查的法律，这需要具有比我现在更大的勇气。因此，尽管我十分不愿意，在和该立法有关的问题上，我还是不得不和我的同事们分道扬镳。我无法让自己相信，正当程序条款所保障的“自由权”授权本院否认西弗吉尼亚州努力的目标是合法的。我们都认为它具有一个合法的立法目的，那就是培养良好的公民，采用本案中提到的手段。……

我们不只是在审查一家地方学校委员会的行为……实际上，我们是在对四十八个州的政治权力作出裁决。而且，既然第一修正案已读入了第十四修正案，如果我们要审查的是国会为哥伦比亚特区制定的法律，我们面临的问题就是完全一样的。以为我们在这里处理的只是某些乡村里的暴君们的冒失行为，这是对宪法问题严肃性的歪曲，也是对我们判决影响力的低估。

在我们的宪法体制下，立法机关管理的只是社会有关世俗方面（civil concerns of society）的问题。如果公开宣布的或者实质意义上的立法目的是要提升或打击某种宗教共同体或者宗教信条，毫无疑问，这样的立法受宪法的制约，它是不能成立的。但这丝毫不意味着，一旦一项普遍的非歧视性世俗立法事实上触及了个人或者团体的良心信条、宗教信仰时，立法机关就一定是越权的。对此类信条和信仰的考虑无疑提出了一个极为合理的主张，那就是立法权力的运用问题。通过为那些不想向国旗致敬的人免除义务或者通过采取其他的方式以满足他们的信条来改写州的要求，这超出了我们权力的范围。要求采取别的方式，而学校行政管理当局要找到这样的方式不很困难，同时又能够保持这种仪式（即使对于那些不愿遵从此道的人也是如此），这种智慧超越了我们应予考虑的范围。对各种不同观点的反应、尊重以及慷慨总会被提交给具有立法职责的人，以便获得对法律的最大程度的善意和对法律的最小程度的不情愿的服从。但是，关键的问题在于规定这个范围的是谁，是立法机关还是法院？

（汪庆华译　王笑红校）

2. 埃弗森诉尤因镇教育委员会（*Everson v. Board of Education of the Township of Ewing*, 330 U.S. 1 [1947]）

也许任何案例都不及 *Everson* 案，更能说明最高法院在第一修正案宗教条款上的历史性混乱和观念上的困境。新泽西州的一部制定法授权地方教育委员会补偿父母为子女上学所承担的交通费，而不论是公立学校还是私立学校。尤因镇将此类基金提供给子女在天主教教会学校上学的家长，一名纳税人就此起诉，挑战该行为的宪法基础。最高法院赞同第一修正案不确立国教条款合并于第十四修正案的观点，但是勉强地认为这种补偿安排是有效的。布莱克（Black）大法官陈述的多数意见偶尔暗示了对教会和国家之间分野的绝对主义解释，但是他最终判决补偿的支付是对儿童，而非天主教学校的服务。在尖锐的反对意见中，杰克逊（Jackson）大法官将布莱克大法官的推理过程和结论比作拜伦笔下的朱莉娅，她"一边低语'我永远不会同意'，一边表示同意"。

大法官布莱克（Black）宣布法院判决如下：

此处惟一的主张是州的制定法和决议，就其授权补偿子女就读于教区学校的父母的规定而言，在两方面违反了联邦宪法，并且这两方面在某种程度上有重合之处。第一，它们授权州以税收的形式取走某些人的财产并给与另一些人，为他们的私人目的而使用。这被认为违反了第十四修正案的正当程序条款。第二，这些制定法和决议强迫当地居民纳税以资助和维持致力于传授天主教信仰的学校。这被认为是用州的权力支持教会学校，违反了第一修正案的禁止性规定，该规定经由第十四修正案而可适用于各州。

首先，……要想辩称本意是推动儿童得到世俗教育机会的立法不为任何公共目的服务已经为时已晚。……

第二，新泽西州的制定法作为一部"确立宗教的法律"而受到挑战。第一修正案，经由第十四修正案而可适用于各州……命令州"不得制定任何确立国教的法律，或者禁止从事宗教之自由……"第一修正案的这些语词反映了早期美国人头脑中一幅清晰的图画，他们迫切的希望能够为了保护自身及子孙后代的自由而勾画出所需之环境与实践。无疑，他们的目标并没有完全实现。但是到目前为止，国家向这个目标推进的"关于确立国教的法律"的表述也许并不能够生动地提醒现代美国人，使他们追忆起促成把这种表述写进《权利法案》的罪恶、恐惧和政治问题。至于新泽西州的这部法律是否是一部"确立宗教的法律"，则要求我们理解该用语的含义，尤其在税收的强迫接受方面。因此，本案再一次地表明，对于宪法用语形成和通过时期的背景作以简单回顾不是不适当的。

这个国家早期的居民中很大一部分是为了逃避欧洲法律的束缚，这些法律强迫他们支持或加入政府偏好的教会。在美洲殖民时代以及此前的几个世纪中，骚乱、民间冲突和迫害充斥世间，很大程度上是由于各教派希望维持其绝对的政治和宗教上的统治地位。由于有政府权力的支持，在不同的时代和地方，天主教迫害新教，新教迫害天主教，新教的一些教派迫害另一些教派，信仰不同的天主

教派也相互迫害，并且所有的这些教派都不断地迫害犹太教。为了强迫人们对处于统治地位并在特定时代和地点与政府结盟的宗教团体表示忠诚，诸多的男女被罚款、投入监狱、严刑拷打，甚至杀害。招致此种迫害的原因甚至包括不恭敬地言说政府所确立之教会的牧师的观点、不去这些教堂做礼拜、对他们的教义表示不信仰，以及不负担普通税负和什一税以资助这些教会。

旧世界的这些实践也传输到了新的美洲大陆，并在这片土地上日渐兴盛。英国王室颁发给个人或公司特许状指派这些人和公司制定控制殖民地命运的法律，同时也授权这些个人或公司建立正统宗教，无论信仰与否，都要求民众支持并加入。这种权力的行使也伴随着对旧世界诸多实践和迫害的重复。天主教徒发现他们由于信仰缘故而被驱逐、被禁止、教友派信徒也因信仰而入狱，浸信会教友尤其受到一些居统治地位的新教教派的厌恶，在特定区域持不同信仰的少数者仅仅因为他们按照自己信奉的方式信仰上帝而遭到迫害。所有这些持不同信仰者都被迫支付什一税和其他税种以资助政府确立的教会，他们的牧师都通过煽动对于异己者的仇恨，而鼓吹自己的教义，以巩固此种权威的信仰。

这些实践如此普遍的发生着，引起了热爱自由的殖民地人民极大的憎恶。支付牧师工资、修建和维护教堂的繁重税负以及教会财产，都引起了人们极大的义愤。正是这些情绪促成了宪法第一修正案的规定。但是，引发这种情感，以致最后促成包含了宗教自由条款的《权利法案》得以通过，不完全是殖民地的任何区域、任何团体的功劳。但在弗吉尼亚，正统教会已经对于政治事务具有了控制力，而教会的诸多越权行径也引起公众的广泛关注，这些因素使得弗吉尼亚成为了这场运动的领袖。当地的人民和其他任何地方一样，深信个人的宗教自由只有在政府没有任何的对其征税、没有资助或帮助任何或者所有宗教的权力，没有干预个人或团体的任何宗教信仰的权力时，才可能得以最为有效的成就。

以此为目标的运动在 1785 年和 1786 年之间在弗吉尼亚达到了顶点，当时弗吉尼亚的立法机构正着手重新制定作为资助正统教会的弗吉尼亚的税收措施。托马斯·杰斐逊（Thomas Jefferson）和詹姆斯·麦迪逊（James Madison）领导抗税斗争，麦迪逊写下了他著名的反对此项法律的请愿书和抗议书。此中，他无可辩驳地宣称真正的宗教无需法律的支持；任何人、无论是否是某一宗教的信徒、都不得被征税以资助此种宗教；社会的最大利益要求人类的思想是完全自由的；政府确立的宗教必然带来残酷的迫害。麦迪逊的抗议书在弗吉尼亚全境得到广泛的支持，州议会不得不将此项税收措施的提案推迟到下一次会议再讨论。当下一次会议中该项提案被提请讨论时，不但没有得到委员会的通过，而且州议会还制定并通过的了托马斯·杰斐逊起草的著名的《弗吉尼亚宗教自由法案》……此部制定法中指出：

> "任何人都不得被强迫参加或资助任何宗教仪式、场所或任何牧师工作，不得因宗教见解和信仰强迫、限制、困扰或施压于任何人的身体或财产，也不得因为宗教见解和信仰而承受折磨……"

最高法院早先即已确认杰斐逊和麦迪逊在第一修正案的起草和通过中起到了领导性的作用，第一修正案条款追求和《弗吉尼亚宗教自由法案》同样的目的，试图给予受政府侵扰的宗教自由以相同的保护……在通过第十四修正案之前，第一修正案不得作为对州的限制。大多数州规定了类似的宗教自由的宪法

保护条款。但是仍有一些州坚持对于宗教自由的行使施加限制，并歧视特定的宗教团体，这些做法持续了近半个世纪。近年来，只要是关于确立国教条款的考虑，经常提出的质疑就是关于州资助教会学校以及在公立学校实行特定教派教义的宗教教育的努力。一些教会寻求或接受州对于教会学校的财政资助。此处，寻求州资助或接受资助的努力并没有限制在任何特定的信仰上。大多数的州法院忠诚地信守他们的宪法关于保护宗教信仰自由和政教分离的条款。然而，他们的判决难以在为社会公众的普遍福利提供资金的税收立法和以资助传授宗教为目的的税收立法之间划出界限。……

第一修正案"不得确立国教"的条款至少意味着：任何州或联邦政府都不得设立教会，不得制定法律资助某一宗教或所有宗教，或偏好一种宗教而排除其他，不得迫使任何人违背自己意愿信仰宗教或远离宗教，或强迫他信仰或不信仰任何宗教。任何人都不得因为接受或表达信仰或不信仰，参加教会活动或不参加教会活动而受到惩罚。无论数量多少，无论以何种名义，也无论以何种形式来传授或实践宗教，都不得征收任何税收以资助任何宗教活动或宗教机构。任何州或联邦政府，无论公开或隐秘，都不得参与任何宗教组织或团体的事务，反之，任何宗教组织或团体，无论公开或隐秘，也不得参与任何州或联邦政府的事务。用杰斐逊的话来说，法律规定的禁止建立宗教的条款试图"为政教分离树立一堵墙"。

以这些标准来衡量，我们很难认为第一修正案禁止新泽西州将税收基金用于支付教会学校学生的交通费用，作为一个总体规划的一部分，这笔基金也支付公立学校和其他学校学生的交通费用。毫无疑问这将有助于儿童就读于教会学校。更有可能的事，如果州只负担公立学校学生的交通费，而教会学校学生的家长必须自己承担的话，许多儿童将不会被送往教会学校。如果州要求当地的运输公司降低包括教会学校学生在内的学生的交通费，或者市政所有的运输系统免费接送所有学校的学生，同样的可能性也存在。此外，政府付酬的警察被派遣接送交通极不便利的教会学校的学生上下学，和州为了学生福利的最大化而意图提供免费的交通保障的条款一样，都是为了相同的目的，并得到相同的结果。如果没有警察的保护，家长不愿意子女冒着交通事故的极大危险而在教会学校上下学。同样的，家长也不愿意他们的子女就读的学校被切断了任何的政府服务设施，如普通的警力保障和防火措施、排污设施、公共高速公路和人行道路。显然，切断教会学校所有的这些设施，毫无回旋余地的和宗教活动相隔离，将会使这些学校难以运作。这显然不是第一修正案的希望实现的目的。该修正案要求州在和宗教信仰者团体或非信仰者团体的关系上保持中立；而不是成为对立面。州的权力不得被用来支持宗教，也不得被用来妨碍宗教。

最高法院曾经认定家长在承担了州义务教育法规定的义务后，可以将子女送到教会学校而非公立学校学习，只要该教会学校符合州有权制定的世俗教育要求（见 *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510）。这些教会学校似乎符合新泽西州的要求。新泽西州并没有向学校提供任何捐款，没有向学校提供资助。新泽西州的立法及实施只是提供了一个普遍的计划，为学生安全、便捷的上下学向家长提供帮助，而不论他们的宗教信仰。

第一修正案已经为政教分离树立了一堵墙，必须确保这堵墙高耸而不被攻破。我们不能赞同任何最微小的破坏。而新泽西州还没有违反（第一修正案）。

（王笑红译　孙晔校）

二、保守时期：文森法院（1946—1953）

（一）人权诉案

1. 佐拉克诉克劳森（*Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306 [1952]）

Everson 案的判决作出一年后，本院对宪法宗教条款作出了广义的解释，使在伊利诺斯州 Champaign 公立学校的宗教教育中的"离校时间"（the released time）制度无效（*McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203）。在此案中，宗教课程是在公立学校中、在正常教学时间进行的，而教师们则处在当地督学的监管之下。这个判决遭到了倡导更广泛地实施"离校时间"方案（the released time program）的教会团体的普遍反对。在下面这个案件中，法院没有遵循 *McCollum* 一案的判决，而且在多少有些不同的情况下重新审视这个问题。纽约市政府有一项计划，允许学生们在不动用学校财产的情况下去参加宗教活动。道格拉斯（Douglas）大法官基于这一特点使本案区别于 McCollum 一案：即在本案中，没有动用公共基金而且也没有在学校里进行宗教教育。杰克逊（Jackson）大法官提出异议，认为这样做的后果将会促使教育系统运用其权力去促进各教派的教育。他说，"对于一个不愿去教堂的学生来说"，学校"就如同是临时监狱"。

大法官道格拉斯（Douglas）宣布法院判决如下：

纽约市实施了一项方案，允许市内的公立学校（public school）在教学日时给学生放假，使他们能够离开学校的教学楼和学校的操场，到宗教场所参加宗教教育或祷告礼拜。学生只有在他父母提出书面请求时才得以准假。那些未被放假的学生呆在教室里。教会每周给学校提交一份报告，送上一份那些被公立学校放假但却没有接受宗教教育的学生的名单。……

这项"离校时间"方案既不占用公立学校的教室进行宗教教育，也不耗费公共基金。所有的开销，包括申请表，都由宗教组织提供。正因为此，这个案子不同于 *McCollums v. Board of Education*, 333 U.S.203 一案，那个案子涉及伊利诺斯州的"离校时间"方案。在那个案子中，教室被移交给宗教教员。我们因此认为该计划违反了宪法第一修正案（根据宪法第十四修正案），该条规定任何州不得确立宗教，也不得禁止人们自由礼拜。……

认为目前这个案子涉及关于"自由礼拜"的问题的推理是很愚笨的。没有人被强迫去宗教课堂，也没有任何宗教礼拜或教育被带入公立学校的教室。学生不是必须接受宗教教育。如果他有宗教信仰的话，那也任由他按照自己的意愿选择他的宗教信仰的方式或时间。

有人主张，这一制度涉及使用强迫手段迫使公立学校的学生进入宗教课

堂。摆在我们面前的记录中并没有任何证据支持这个结论。当前记录却确实告诉我们，学校当局在这方面是中立的，而且除了给予经家长要求的学生以放假外，学校并没有再做什么。如果事实上使用了强迫手段，如果证实任何一个或更多的教师正在以职务之便，劝说或者强迫学生们去接受宗教教育，那么将会出现一个全然不同的案子。……

那么，我们可能不得不把“政教分离”（separation of Church and State）的观念推向……极端，根据宪法宣告当前这一法律的无效。此法的无效将会有广泛和深远的影响。一名天主教的学生向他的老师申请获得准许在礼拜日（a Holy Day of Obligation）离开学校去参加弥撒。一名犹太教学生请求他的老师准许他为赎罪日（Yom Kippur）而获得特别假。一名新教教徒希望获得一个下午的假去参加一个家庭洗礼仪式。在每个场合，教师都要求有父母的书面同意。在每个场合，为了确信学生不是逃课者，教师会进一步要求一份来自牧师、拉比或者神甫的报告。换句话说，在这个宗教方案中，教师的参与仅仅是使她的学生有可能参与宗教活动。不管她是为了很少学生偶尔为之，还是为一名学生经常为之，或者是遵照一项为促进所有学生的宗教需求而设计的系统的方案而为之，都不会改变这一法案的性质。

我们是一个信奉宗教的民族，她的习惯预先假定有一个上帝。我们保证每个人有崇拜他所选择的上帝的自由。我们为广泛的信仰和教义提供了足够大的空间，足以满足每个人必需的精神需求。我们赞成政府的态度，它对任何一个团体都不偏袒，而且使每个团体凭借其追随者的热忱和其教义的吸引力而得以繁荣兴旺。当政府鼓励宗教教育或者通过调整公共事务的安排以满足教派需要而与教会当局合作时，它最好地遵循了我们的传统。因为它尊重了我们民众的宗教天性，而且为他们的精神需求提供了公共服务。我们认为，在宪法中似乎找不到要求政府对宗教团体表露出无情的冷淡的规定。也更难说比起那些的确信仰宗教的人们来，政府会更偏爱那些不信仰宗教的人们。政府可以不资助宗教团体，也可以不承担宗教教育，可以不将世俗教育和宗教教育混为一谈，也可以不利用世俗机构把一个或一些宗教强加于任何人。但是我们并没有找到这样的宪法规定，即要求政府必须对宗教持有敌意并打击扩大宗教影响力的努力。政府应当在各派别的竞争面前保持中立。它不能强迫任何人接受某种教派。它不能使一个宗教仪式变成义务性的。它不能强迫任何人参加礼拜、庆祝宗教节日或者接受宗教教育。但是对于那些为了拜神和接受教育而去宗教场所的人们，政府可以不闻不问。这里所涉及的也就如此。

从教育或者社区的观点来看，这个方案也许是不明智的和缺乏远见的。……然而我们个人的偏好并不是宪法上的标准。……

在 McCollum 一案中，教室被用于宗教教育，而且公立学校的权力被用来促进这种教育。而这儿，就如我们所说的，公立学校只是为一个校外的宗教教育方案而调整了其教学计划表。我们遵循了 McCollum 案例的判决，但是我们不能将其延伸，运用到目前的“离校时间”方案上，除非“政教分离”意味着公共教育不得为了满足人们的宗教需要而调整其教学计划表。我们不能带着这样一种对宗教敌意的观念去读《权利法案》。

*　　　*　　　*

大法官杰克逊（Jackson）异议道……

本案中，大多数法官宣扬了充满激情的逻辑论证，但是本案中的少数派的意见事实上已经由 *Illinois ex rel. McCollum v. Board of Education*（333U.S.203）一案中的多数派阐述出来了。试图在那个案子和这个案子之间所做的区分是微不足道的，几乎有点吹毛求疵，这种区分夸大了并没有实质意义的细节，并且贬低了法案中所涉及的强制，而这种强制是使法案无效的理由。同时研究本院在那个案子中和在这个案子中的观点，我们将会发现：这种表面上的差别正好揭示了 McCollum 一案是小题大作。本院曾经试图在“政教”之间树立一堵笔直的墙，但现在它已经变得弯弯曲曲，远远超出我的想象。今天的判决，对于学习心理学和司法程序的学生将比学习宪法的学生更有吸引力。

（金锦萍译）

2. 邓尼斯诉美国（*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 [1951]）

最高法院在经济规制方面退回到更克制立场的同时，却在民权案件中扮演更为积极的角色。在 *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 [1937] 和 *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 [1937] 案中，最高法院改变了工联主义构成刑事犯罪的观点，标志着赋予霍姆斯—布兰代斯（Holmes-Brandics）的“明显和现存危险”原则以新的含义。第二年，哈兰·F·斯通（Harlan F. Stone）大法官提出“自由优先”原则，认为限制基本权利（如联邦宪法第一修正案中规定的基本权利）的法律的效力是可疑的，它对民主制的有效运作构成了潜在的危险（*United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 [1938]）。此后的十年中，最高法院总是不竭余力地捍卫个人自由，反对立法侵扰，（参见，例如 *West Virgin Board of Education v. Barnette*, 319 U.S.1 [1949]）但是，最高法院的人事变更，以及因冷战带来的高压气氛，导致最高法院的态度来了个一百八十度的大转弯。Dennis 案涉及政府对十一位共产党领导人的起诉和对他们的定罪，政府指控他们有罪的依据是 1940 年的史密斯法案（Smith Act），它规定教导和鼓吹以武力推翻政府是一种犯罪，它同时还规定参与任何鼓吹这一学说的组织构成违法行为。在本案中首席大法官文森（Vinson）书写的多数意见认可了史密斯法案，尤为重要的是，它把“明显和即刻的危险”标准重新定义为“明显和可能的危险”标准。实际上，这种原则标志着退回一战后“败坏的倾向

(bad tendencies)"。布莱克（Black）大法官和道格拉斯（Douglas）大法官，作为"自由优先"原则的重要倡导者，认为该法律及有罪判决肆无忌惮地侵犯公民的言论自由，他们发现自己已经孤立无援，成了作为反对者的少数派。

首席大法官文森（Vinson）宣布法院判决如下：

一

弄清本案涉及的问题，考察……以下主张不无裨益，该主张认为在陪审团可能作出有罪判决之前，初审法官申言史密斯法案要求有违法的故意是对该法案的不恰当解释……

史密斯法案的结构和目的要求把故意作为犯罪的一个构成要件。国会关注那些鼓吹和组织起来推翻政府的人。当然，那些为了鼓吹推翻政府而征募和聚集同仁的人存有推翻政府的故意。我们认为该法案要求有证据表明那些被控以武力和暴力推翻政府的嫌疑人有这种犯罪故意是构成犯罪的要件……

二

该法案的明显目的是保护现有政府免受暴力、革命和恐怖主义的颠覆，而不是保护其免于依和平、合法以及合宪方式的改变。保护美国政府免受武装叛乱是属于美国国会权力范围之内的，这一点几乎无须讨论，无论民众有"权利"反叛独裁的政府这种观点在理论上有多大价值，在现存政制结构为公民提供了和平、有序变革的途径之情形下，它就变得软弱无力。我们反对导致政府在面对革命预谋时束手无策的原则，这种原则的逻辑结论必然导致无政府状态。没有人会质疑禁止旨在以武力或暴力推翻政府的行为是在国会的权限范围内，在此我们关心的问题不是国会是否有这种权力，而是行使这种权力的方式是否和联邦宪法第一、第五修正案相冲突。

国会行使权力的方式无效，这一主张的重要依据在于它对该法案的字面规定的攻击，因为根据条文，该法案禁止对马列主义的价值进行学术讨论，它导致思想僵化，背离了言论自由和出版自由的理念。虽然我们不同意该法案的语言本身会导致如此严重的后果，但我们必须牢记，对联邦立法作出与联邦宪法一致的解释是联邦法院的职责……而史密斯法案就是一项既需我们判决又需我们解释的联邦立法……

史密斯法案的语言表述使得我们不同意上诉人希望我们采纳的对该法案的解释方法。史密斯法案的语言是建议性的，而非讨论性的。所以，初审法官正确地指示陪审团，除非他们发现被告所做的"不过是在思想领域内安心地研究、讨论、传授以及宣言"，他们就不能对被告定罪，他还进一步指示陪审团，说"在美国的学院或大学里，开设阐释作为本案证据的书中的哲学理论的课程"并不是违法行为。这种指示与法案的表述完全契合，并阐明了立法者赋予那些语词的意思。国会并未企图消灭对政治理论的自由讨论，也未企图去破坏美国人讨论和评价各种思想而无须担心政府制裁的传统权利。国会只是对证据表明上诉人参加了的那类活动表示关注。

三

然而，虽然该法案并不像上诉人所说的那样在他假想的那些案件中加以适用，它在本案的适用结果是导致教导和鼓吹以武力或暴力推翻政府的嫌疑人被判有罪。即使这种有罪判决还要存在推翻政府的故意，它确实也包含言论的因素。因此，我们必须对第一修正案予以特别关注，因为它确立了言论自由的边界。

在 *American Communication Assn. v. Douds* 案中，我们指出，第一修正案的基石在于这样的假设，即不同言论可以针锋相对，宣传可以彼此攻讦，自由论辩才能使政府制定最明智的政策。基于这些理由，本院认可了言论自由的内在价值。但是，对在本院提起的涉及对言论加以限制的主要案件的分析能够揭示出，在特定的案件中，本院的多数意见和反对意见都赞同言论自由不是不受限制、漫无边界的权利。偶尔地，言论的社会价值要让位于其他价值和考虑。

在 *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) 案之前，本院未曾判决过涉及言论自由的重要案件……而在该案中，本院的大法官们取得一致意见，霍姆斯（Holmes）大法官作为代表书写法院判决，他认为"在每个案件中，要考察的问题是，在此种情形下使用此种性质的语言是否会产生明显和即刻的危险，这种危险将导致实质性的邪恶，而国会有权防范此类邪恶"。……案件事实也清楚表明，这一术语并不内涵威胁合众国安全的任何危险。受指控的是导致或企图导致在军队里和征兵过程中的不服从。这项引起争议的文件谴责征兵制度，其中令人反感的、最具煽动性的句子是"你必须要承担你的那份责任，以保持、维护和保障我国人民的权利"。……它被复制了一万五千份并有一部分得以传播。这项导致不服从的非实质性举动，在 1917 年那种战争年代被看成是明显和即刻的危险，它导致了军事不服从这种邪恶。

在此后《反间谍法》（Criminal Espionage Act）定罪的几个案件中，证据要点……被认为足以符合在 *Schenck* 案中确立的"明显和即刻的危险"标准。在 *American Communication Assn. v. Douds* 案中，……我们……指出国会并不是要企图惩处信仰，而是要规制工会事务中的行为。因此，我们认为任何源于誓言要求对言论非直接的制裁都不是符合"明显和即刻的危险"标准的恰当情境。因为，规制的目标是行为，而非言论。在讨论评价此类立法的适当标准是，我们认为霍姆斯—布兰代斯哲学（Holmes-Brandies philosophy）坚持，在限制言论的场合，如果要合宪地适用引起争议的法规，那么这种言论的存在会导致实质性的邪恶这一明显和即刻的危险就是一个必要条件。而且，我们还认为"联邦宪法［第一］修正案要求允许人们有自由的信仰，允许人们宣扬他所热衷的，除非存在明显和即刻的危险表明他的言论会导致实质性的公共邪恶"。……我们进一步断定，不论是霍姆斯还是布兰代斯都会承认，一条片语在编织进一条刚性规则（crystallized into a rigid rule）后，不应该不考虑每个案件的具体情景不加区别地加以适用。依据立法机关的判断，某些言论是如此之不可约束，以至于要采取刑事制裁来防范（立法机关的判断正在接受我们的审查）。在这种情况下，言论不是一项绝对的、超然的、不受立法机关控制的权利。在现代社会中，没有什么是绝对的，这一原则显而易见。一项名称、一条片语、一个标准只有在和产生它们的因素联系起来予以考察时才有意义，这一点再清楚不过了。对于那些试图用一件语义学的紧身衣来束缚我们的政府在面对迫在眉睫的危险时采取行动的人，我们必

须作出这样的回答，所有的概念都是相对的。

在本案中，我们直接面对“明显和即刻的危险”标准的适用问题，并要决定该片语传达的是什么意思。我们首先指出，本院在一些运用该标准或与其相似的标准的案件中，撤销了有罪判决，其依据的是这样的事实，国家试图保护的利益本身并非实质性的利益，因此不应对言论加以限制……而以武力或暴力推翻政府却显而易见是政府要保护的非常实质性的利益，因此政府为了这种实质性利益去限制言论。事实上，这是任何社会的终极价值，一个社会如果不能保证自己的结构免受来自社会内部的武装攻击，随之而来的就是它不能保护任何次要价值，所以，如果必须保护这种利益，要解决的字面问题就所谓结果会带来属于国会惩戒权限范围的邪恶的“明显和即刻的危险”这一片语的含义是什么。

显面易见，这些词语并不意味着在暴动即将开始，计划已经制定和正在等待暴动开始的信号发出之前，政府不能采取任何行动。如果政府意识到，某一旨在推翻它的团体在灌输其成员并在给他们上训练课程，而且领导者们在认为合适的时候，就揭竿而起，那么，政府采取行动是必要的。我们无须回应下述主张，即认为政府不必担忧自身，因为它强大有力，有足够的力量去镇压起义，它可以轻而易举地碾碎革命者。但这不是问题所在。尽管由于革命者人员和力量的不足，毋庸置疑，任何以武力推翻政府的企图从一开始就注定要失败，但它仍旧是一种国会需要防范的重大罪恶。此类企图对国家的机体和政治造成的损失，无法以成功的概率和成功的即刻性标准来衡量其有效性。在本案中，初审法官指示陪审团除非他们发现被告预谋“一旦条件成熟他们马上就推翻政府”，他们不应给被告定罪。但这不意味着，它也不可能恰当地意指只有在存在成功的确然性时，他们才会行动。它所意指的是革命者一旦认定时机成熟，他们就会揭竿而起。所以我们反对把成功或成功的概率作为标准的观点。

霍姆斯和布兰代斯大法官在 *Gitlow* 案中考虑的是相对孤立的情景，他们基本无须虑及对社区安全的威胁问题……他们面对的情境与本案没有可比性。在本案中，在世界危机不断的背景下，意图推翻政府并致力于推翻政府的组织的壮大。

首席大法官汉德（Hand）书写了下面引述的多数人意见，它对这一片语的解释是：“在每个案件中，法院都要衡量一下‘邪恶’的分量，（在其不可能存在时面打折扣），为避免危险面采取的对言论自由的此类侵犯，就是正当的。”……我们采纳对该规则的这种解释，它简洁而节制，犹如我们今天可以从汉德首席大法官那儿可以继承的其他遗产一样。它考虑了我们认为相关的事实，并述及它们的重要性。这正是我们所期待的。

与初审法院相同，上诉法院认为危险的要件存在。同样地，我们与联邦上诉法院一致。所需的危险的确存在。从 1945 年到 1948 年，上诉人的行为没有导致以武力或暴力推翻政府的结果这一事实并没有回答下述事实，有一个团体存在行动的企图。上诉人形成一个如此高度组织化的阴谋，拥有受过严格训练的成员，在组织的领导者（即上诉人）认为行动内外时机已到时，他们随时应召，以及与此相联系的世界环境的动荡不安，在其他国家已经发生了类似的叛乱，还有我们和某些国家——而上诉人至少在意识形态上和它们相一致——飘忽不定的关系，这些使我们确信在这种情形下判决被告有罪是合理正当的。这

·分析反驳了下述抗辩，认为阴谋鼓吹并不等于鼓吹本身，根据宪法它不应被限制，因为阴谋鼓吹只是一种准备。但是阴谋的存在就导致了危险……如果暴动的因素存在，我们就不能束缚政府的手脚，让它们一直等到灾难发生时才采取行动……

五

以下模糊性问题仍有待解决，即我们刚刚解释的法案是否过分模糊不清，不足以告诫那些认为这是对他们的行动进行限制的人们。有人认为这种模糊性违反了联邦宪法第一、第五修正案。但这种论辩没有说服力，因为陪审团认定提出该观点的上诉人企图一旦条件许可，马上起而推翻政府……

我们同意上面定义的标准不是一条简洁的数学公式。就像所有的言辞一样，它必然会受到它是不确定的责难。但上诉人自己也认为“明显和即刻的危险”是一条合适的标准。它究竟是一条法规自身的标准还是对宪法适用的审查标准，我们从“模糊性”的观点出发，看不出这二者之间有任何区别……

我们认为，史密斯法案§§2(a)(1)，2(a)(3)以及3，一如我们在本案中的解释和适用，没有违反联邦宪法第一修正案及人权法案的其他条款，也没有因为它的不可定义性而违反联邦宪法第一、第五修正案。由于上诉人预谋，一旦时机成熟就起而推翻政府。他们阴谋组织共产党并教导和煽动以武力或暴力推翻美国政府，构成企图以武力或暴力推翻政府的“明显和即刻的危险”，所以他们因违反史密斯法案而被判处有罪是恰当的，也是合宪的。因此我们维持有罪判决。

*　　　*　　　*

大法官布莱克（Black）发表异议：

首先，我要强调的是本案涉及的犯罪是什么，不涉及的犯罪又是什么。这些上诉人不是因推翻政府的企图而受指控，不是因说过或写过目的在于推翻政府的任何言论而受指控，甚至也不是因某种旨在推翻政府的行动而受指控。他们受指控仅仅由于他们同意在晚些时候集会、聚谈和出版某些观点：检察官起诉书声称他们阴谋组织共产党并预谋在将来通过演讲、报纸及其他出版物教导和鼓吹以武力推翻政府。无论它所用言辞为何，这是对言论和出版进行事先审查的恶毒形式，而我认为这是第一修正案所禁止的。我认为史密斯法案§3授权进行这种事先限制，在其字面上及其使用上都是违宪的。……

由于现存的民意如此，几乎没有人会抗议判处这些共产主义者有罪。但是存在这样的希望，在平静的年代，当现在的压力、激情和恐怖已经褪去，本院将会把第一修正案中的自由权放于高高在上的位置予以优先考虑，而这个位置是它们在一个自由社会中应得的。……

（汪庆华译　王笑红校）

（二）行政权

3．合众国诉寇蒂斯—莱特出口公司（*United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304［1936］）

从乔治·华盛顿上任开始，在处理外交事务上总统就被赋予了相当广泛的权力。在这一领域里，总统的权力来源于他作为最高司令官的角色和缔结条约的宪法权利。进一步说，人们已经认识到外交的这种不固定的、突然性的、有时甚至是秘密的性质也要求给予总统很大的自由裁量权。例如，在合众国最初的几年里，国会曾几次规定行政机关暂停贸易或下达贸易禁止令的职权。然而在更晚近的年代里，国会的默示变得不太精确了，像1964年北部湾（Tonkin Gulf）[1]决议授权总统在印度支那行使几乎不受限制的军事权力。下面这个20世纪30年代的案件是起因于企图销售武器给玻利维亚，当时玻利维亚卷入了同巴拉圭进行的所谓的查可战争（Chaco War）[2]。寇蒂斯—莱特公司违反了一项禁止这种销售的行政命令，这一命令是根据一项国会决议授予总统的权力而发布的。一贯反对在国内事务中的行政授权的大法官乔治·萨若兰德（George Sutherland）代表本院发言并且鲜明地辨明了在外交事务处理过程中的做法。在后来的三十年里，这一判决成了关于总统在制定外交政策中的支配权和动议权（presidential dominance and initiative）的一个基本法律原理。

大法官萨若兰德（Sutherland）宣布法院判决如下：

首先，有人争论到，根据《联合决议》（Joint Resolution），该决议的生效和继续实施有赖于四个条件：（a）总统对在查可战争中卷入武装冲突的国家间重建和平的有益影响的判断；（b）公告的发布（在这一点上他有不受约束的裁量权），此种行为将构成总统意志对国会意志的替代试图；（c）终止该决议实施的公告的发布，这一点上总统又有不受约束的裁量权；以及（d）另外，在特定的案件中，它的实施程度要到受总统提出的限制和异议的制约，这是没有标准来控制的。在这其中的每一要点上，被上诉人（appellees）强烈认为这是国会放弃了它的基本职能而把这些职能授权给了行政部门。

如果《联合决议》仅仅是与国内事务相关，那么它是否会公开面临质疑：

---

① Tonkin Gulf是外国殖民者对中国和越南之间的北部湾的旧称。Tonkin则是越南北部地区的旧称。——译者注。

② Chaco，也即Gran Chaco，是指地跨巴拉圭、玻利维亚和阿根廷三国的平原。——译者注。

它构成了一种将立法权不合法地委托给行政部门的授权，我们认为不必要对此做出决定。决议的整个目标是影响完全是美国以外的并且属于外交事务范围内的情势。因此，我们需要做出的决定是，根据禁止委托立法权的规则，适用于上述那种情势的该决议是否是不堪一击的。换言之，假定（但不是断定）如果被限制在内部事务上的话，这种受到质疑的授权将是无效的，尽管如此，当它的排他性目标是给予外国领土上的有害情况一个救济这样的基础上，它是否可以得到维持？

让我们首先考虑一下联邦政府在外交或外部事务上的权力和在国内或内部事务上的权力之间的区别，这将有助于阐明这个问题。在它们之间存有区别，并且这些区别是基本的，这一点是毋庸置疑的。

这两种权力在其起源和本质上都是不同的。那种联邦政府除了行使宪法具体列举的权力，以及为实施列举权力所必要的适当的隐含权力外，不能行使任何其他权力，这种宽泛的陈述仅仅在我们的内部事务上才是绝对正确的。在那一领域中，宪法的主要目的是从当时州所拥有那些立法权力的一般条款中塑造出被认为需要授予联邦政府的那一部分权力，同时把列举权力没有包括在内的那些权力仍然保留给州。（*Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238, 294.）这一原则仅仅适用于州所拥有的权力，这是不证自明的。并且既然州从未拥有国际性权力，这类权力就不能是得自于州权力的集合，而是很明显它们是从其他来源被转交给了合众国。在殖民地时期，那些权力被君主独占并完全地处于君主的控制之下。通过《独立宣言》，"美利坚合众国的代表们"宣称联合的（不是几个）殖民地成为自由和独立的国家，并且拥有"发动战争、缔结和平、结盟、建立商业以及去做其他独立国家有权做的行为和事情的全部权力。"

作为从大不列颠分离出来的一种结果，殖民地成为一个统一体，对外主权的权力不是从君主手中分散地转给殖民地，而是转给了以其集体和共同身份出现的殖民地——美利坚合众国。即使在独立宣言之前，殖民地在外交事务上就已经是一个统一体了，通过一个共同的代理机构——大陆会议来行动，该会议由来自十三个殖民地的代表组成。那个代理机构行使战争与和平的权力，募集军队，创建海军，最终通过了独立宣言。统治者们来了又走了，政府倒台了，政府形式变化了，但是主权幸存下来了。一个政治社会若没有一个最高意志统治权就不会持久。主权从来不会处在不确定的状态。因而，当大不列颠关于殖民地的对外主权停止时，它立即转给了该统一体。……

这导致了将对外主权的权力转给联邦政府的授权，并不依赖于宪法的肯定性授予。宣战和作战的权力、缔结和平的权力、签订条约的权力和同其他主权国家保持外交关系的权力，如果它们从未在宪法里被提出过的话，那么它们也将作为国家的必要属性而被授予联邦政府。宪法和根据宪法通过的法律在外国领土上没有任何效力，除非涉及我们自己的国民。国家在这种领土上的活动必须由条约、国际协定和协议以及国际法的基本原则来调整。作为国际大家庭中的一员，合众国在那个领域的权力和权利与国际大家庭中其他成员的权力和权利是平等的，否则，美国就不是完全的独立自主。以发现和先占取得领土的权力、驱逐不受欢迎的外国人的权力、签订不构成宪法意义上条约的国际协定的权力，没有一个是被宪法明确确认的，然而它们却存在着，是与国家的概念天然不可分离的。本院承认这一点，并在每一个所引用的案件中发现：它的结论

的正当理由不在宪法规定而在国际法。……

不仅——如我们所已经表明的那样——对外事务上的联邦权力在起源和实质性质上不同于对内事务上的联邦权力，而且对这一权力的行使的参与也受到较大地限制。在这个广大的对外领域中，由于其问题的重要性、复杂性、精细性以及多面性，总统自身有权作为这个国家的代表发表意见或者听取意见，他根据参议院的建议和同意缔结条约，但是他是独自谈判。参议院不能踏入这一谈判领域；国会本身也无权侵入这一领域。……

我们在这里要处理的不是一项通过行使立法权而授予总统的权力，而是一种总统作为国际关系中联邦政府的惟一机构所拥有的更为细致、充分和排他的权力，这是一种不需要国会的立法作为其行使基础的权力，但是像其他每一项政府权力一样，它当然必须根据宪法的有效条款予以行使。记住这一点是非常重要的。很明显，在维持我们的国际关系中，如果要避免尴尬——也许是很严重的尴尬——和成功地达到我们的目标，将在国际关系领域的谈判和调查过程中生效的国会立法，必须经常赋予总统一定程度的免于法定限制的裁量权和自由——如果只涉及对内事务，这种裁量权和自由是不会被允许的。而且，是他（总统），而不是国会，更有机会知道外国的普遍状况，在战争时期这一点尤为正确。他有信息的确切来源。他有外交官员、领事和其他官员等形式的代理机构。对他们搜集的信息保密可能是非常必要的，并且过早的披露会产生有害的后果。事实上，这一点是如此明显地正确，以至于第一任总统拒绝了将涉及《杰伊条约》（Jay Treaty）谈判过程的命令、通信和文件展露在众议院面前的要求。……

根据前面的论述，很明显，在将一个会宣告像此处正在审查的那样的立法为立法权的一种不合法委托的普遍规则时，本院不应当匆忙行事。为这类立法提供正当性的原则，在自联邦政府成立以来至今几乎一直盛行的、未被中断的立法实践中，得到了压倒性的支持。……

主张这里受到质疑的《联合决议》由于构成了立法权的不合法委托而无效且不可实施的结果是，它将给许多与此类似的法案和决议打上无效的印记。虽然，如果发现国会的法案毫无疑问的是违反宪法的，无论国会曾多少次制定过这样的法案，本院不能也不应该在宣布国会法案违宪上犹犹豫豫。可是，在我们对这个问题作出正确结论的过程中，我们刚才提出的、从我们的国家存在之初至今的几乎每一届国会制定的这类给人印象深刻的立法，必须得到不同寻常的重视。像我们这里谈到的这种立法实践，它并不只是为偶然事件所证明，而是为一个稳定的半世纪的时间长流所证明，它能成功证明这种实践具有不容置疑的基础，这种基础存于相关权力的历史与起源之中，或者存于该权力的性质之中，或者二者兼而有之。

刚刚揭示的这种前后一致的、长期持续未有争议的立法实践，是建立在一个可接受的宪法观念之上的，该观念认为，即使这种实践被发现在原则上得到的支持比我们所认为的远远要少得多，我们也不能在晚到今天这种时候，还随意地去打破这种实践。……

下级法院的判决必须被撤销，应根据前述意见对本案进行重新审理。

（史大晓译　邓海平校）

4. 是松诉美国（*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 [1944]）

和第一次世界大战不同，1941年至1945年的战争并没有使美国产生严重的内部分化。因而，就很少有政府对个人或政治团体的镇压。当然，最显著的一个例外是政府对待美籍日本人的问题。第一代日本移民被从法律上剥夺了公民资格。然而，根据第十四修正案公布于世的文字所做的规定，他们的子女和后代，如果出生在美国，则自动成为美国公民。在同日本的战争爆发后，西海岸平民的歇斯底里、地区军事长官的过激反应，以及正如最近的学者们证明的那样，活跃的、长期存在的总统对日本人和美籍日本人的敌意纠缠在一起，一并导致了隔离、限制并最终使美籍日本人迁移到远离西海岸地处内陆的“迁居营（relocation camps）”。这次行动的具体依据是罗斯福总统（President Roosevelt）于1942年2月19日发布的第9066号总统令。结果，很多家庭突然被赶出家园。几乎不考虑他们的财产权和民权。下面的这个案件检查了驱逐命令的有效性，它涉及一个公民。本院以六比三的比例赞成政府，这种意见分裂表明了两类人之间的一种典型冲突，这其中的一类人是那些在危机时刻选择顺从行政权力的人，另一类人是那些在所有的时候都坚持维护所有公民的民权的人，正如大法官默菲（Murphy）在他的异议中陈述的那样。1976年，福特总统（President Ford）废除了1942年的行政命令，并对日本人给予适当的道歉，不过，这种行为本身并不必然保证这类行政权力不再重现。值得注意的是，在布莱克（Black）大法官去世前不久的一次采访中，他坚持认为无论是总统还是最高法院在它们的战时活动上都是正确的。

大法官布莱克（Black）宣布法院判决如下：

原告，一个日本血统的美国公民，因居留在加利福尼亚的桑·里恩多罗（San Leandro）而在一个联邦地区法院中被判有罪。桑·里恩多罗是一个“军事区”，他居留在那里违反了美国陆军西区指挥部的司令官颁发的34号平民驱逐令。这项命令指出，在1942年5月9日之后，所有日本血统的人必须从那个地区迁出。并没有提出任何关于原告是否忠于美国问题。……

首先应该指出的是，所有剥夺单独一个种族团体的民权的法律限制立即就是值得怀疑的。这并不是说所有的这类限制都是不合宪的，而是说法院必须将它们诉诸最严格的审查。强调公共需要有时可以给予这些限制的存在以合理性而种族对抗永远无法做到这一点。……

由于这一团体中的不忠诚成员的人数不太确切，将那些日本血统的人驱逐出去被认为是必要的。当然，我们也不怀疑，他们中的大多数人是忠于这个国家的。正是因为我们无法否定军事当局的结论——该结论认为将不忠诚的人和忠诚的人立即分离开来是不可能的——所以我们维持了这个适用于整个团体的禁止命令的有效性。本案中，军方将对整个团体的暂时驱逐也是建立在这个相

同的基础上。出于同一原因，对整个团体的驱逐是一条军令的判断，也向那种认为这一驱逐的性质是基于对日本血统的人的敌意而惩罚整个团体的抗辩作出了回答。下达驱逐令之后作出的调查，已经确认了这个团体中有一些成员仍然忠于日本。大约有五千名具有日本血统的美国公民拒绝宣誓无条件地忠于美国，并拒绝放弃对日本天皇的忠诚，几千被遣送后方的人员要求被遣返回日本。

我们认为驱逐命令在它得以制定的时期和原告违反它的时期是合法的。这样做，我们并不是漠视强加在一大群美国公民身上的苦难。……但是苦难是战争的一部分，战争是苦难的聚合。所有公民，无论是在军中服役的还是不在军中服役的，都或多或少的感觉到了战争的影响。作为公民有权利，也有责任，并且在战争时期这种责任负担总是更重一些。强制性的把一大群公民从他们的家园中驱赶出去，若非在直接的紧急情况和危险的情况下，是与我们基本的政府制度不相一致的。但是，在现代战争的条件下，当我们的海岸受到敌国部队的威胁时，保护（国家）的权力必须与威胁的危险相匹配。……

有人说我们这里正在处理的是这样一个案件：一个公民仅仅因为其血统，就在没有关于他对美国的忠诚和善良态度的证据和调查的情况下，被监禁在集中营中。如果这是一个关于因种族偏见而将一个忠诚的公民监禁在集中营中的案件，那么我们的任务将会很简单，我们的责任也就很清楚。不管这些集结和迁居中心的真正的性质如何——由于集中营这个词有无数丑陋的含义，因此我们认为用这个术语来称谓这些集结与迁居中心是不合适的——我们正在专门处理的仅仅是一个驱逐令而已。将本案投入到种族偏见的箩筐内，而不考虑它所展示出来的现实的军事危险，只能使争议点复杂化。是松被从军事区驱逐出去，并不是由于人们对他的敌意或者他的种族的缘故。他被驱逐是因为我们正与日本帝国处于交战状态，因为正当组成的军事当局害怕我们西海岸遭受侵犯，并且觉得有必要采取适当的安全措施，因为他们认为军事上的紧急情势要求所有具有日本血统的公民暂时离开西海岸。最终，是因为在战争中信赖我们的军事将领的国会（国会别无选择，必须这样做），断定他们理应有有权这样做。有证据表明一部分人的不忠，军事当局认为很有必要采取行动并且时间也很紧迫，我们不能——利用事后的平静判断——现在就说在那个时期这些行为是没有正当理由的。

*　　　*　　　*

大法官默非（Murphy）持不同的意见：

这种在没有戒严法的情况下，借口军事需要将“所有具有日本血统的人（不管是外来的还是非外来的）”从太平洋海岸地区驱逐出去，是不应该被允许的。这样的驱逐超出了“宪法权力的界限”，陷入恶劣的种族歧视的深渊。

在处理与展开战争和战争的进展有关的事情时，我们必须给予在战争现场且知道全部军事事实的军事当局的决定以很大的尊敬和考虑。作为一种需要和常识，他们的自由裁量权的范围必须是很广泛的。并且他们的决定不应该被人轻易地推翻，那些人所受教育和所负义务不足以明智地处理对客观存在的有关

国家安全的至关重要的事项。

然而同时，有必要对军事自由裁量权施以明确的限制，特别是在戒严法尚未颁布的场合。决不能以既无实质内容又缺少支持的军事需要为借口剥夺个人的宪法权利。……

政府是否能够以军事需要为借口而合法地剥夺个人的宪法权利的司法标准是，这种剥夺是否与一种公共危险合乎情理的相关、这种公共危险是如此的"直接、危急、迫在眉睫"，以至于不允许拖延也不允许普通的宪法程序介入以减轻这种危险。……34号平民驱逐令，将"所有具有日本血统的人（不管是外来的还是非外来的）"从太平洋沿岸一个指定的区域驱逐出去，显然不符合那个标准。作为一种明显的种族歧视，这一命令剥夺了所有在其范围内的人的受第五修正案所保证的法律的同等保护。它又进而剥夺了这些个人随其所愿自由生活与工作的权利，在他们选择的地方建立一个家庭并自由迁居的宪法权利。在未有听证的情况下驱逐他们，这一命令又剥夺了他们的所有程序上正当程序的宪法权利。然而，没有与一种"直接、危急、迫在眉睫的"公共危险的合乎情理的联系很明显是支持了这一种族限制的判断，在缺少戒严法时，这种限制是这个国家的历史上最彻底且最完全的对宪法权利的剥夺之一种。

必须承认，1942年春天的军事和海上形势的确产生了一种非常真实的担心，即担心太平洋西海岸被入侵，同时也担心在那个地区将发生破坏活动和间谍活动。因而，在采取一切合理而必要的方式与这些危险做斗争时，军事命令就是正当的了。在根据当时明显的危险对军事行为作出裁决时，我们不可以对此设立太高或是太细的标准，只是需要这种行为与排除入侵、破坏活动和间谍活动等危险的活动有某种合理的关联。但是驱逐（无论是暂时的还是永久的）所有在其血管里流有日本人血液的人这一做法并没有这种合理的关联。缺乏那种关联是因为这个驱逐令不得不将它的合理性确立在这样一个假定之上：所有具有日本血统的人都可能有一个危险的倾向，去实施这些破坏活动和搞间谍活动或者以其他方式帮助我们的日本敌人。很难相信会有什么理由、逻辑或者是经验能够支持这样一种假定。

这一强制性的驱逐是对种族犯罪的错误假定的结果，而不是真正的军事需要的结果，这已被司令官就从太平洋沿岸区域撤离平民所做的最后报告所证明。在报告中，他把所有具有日本血统的人称做是"颠覆分子"，称做是属于"种族血统是纯粹的""敌人一族"，并且称他们就目前而言在太平洋沿岸构成了的"12000个以上的潜在敌人"。然而，在论证对所有日本血统的人的这种总括性的指责时，并没有引用可信的证据以表明这样的个人普遍的不忠诚，或者是已经普遍的在这个地区行动以至于形成一种对防御设施和军事工业的特别威胁，或者是由于他们自己的行为而使他们有理由被整体驱逐出去。

然而，人们主要地是在很成问题的种族和社会基础（这些基础通常不在专业军事决定的范围之内）上来寻求驱逐的正当理由，并辅之以从间接证据的不当使用中推导出来的某些准军事结论。

当然，没有人否认在太平洋沿岸存在着一些不忠诚的具有日本血统的人，他们力所能及地帮助他们的母国。许多德国人、意大利人以及我们国家中具有更早血统的人也从事了类似的不忠诚的行为。但是，如果作出了这样的推断：一些个人不忠诚的例子就证明群体的不忠诚并且正当化了对整个群体的种族歧

视行为，这就是要否认根据我们的法律制度个人犯罪是剥夺权利的惟一的基础。……在本案中，不管太平洋沿岸的指挥部的意愿是多么良好，从宪法上许可这种推断，就是要采用一种我们的敌人所使用的破坏个人尊严的最残酷的理论，就是鼓励种族歧视，且为在明天的激情中针对少数民族群体的种族歧视行为敞开了大门。

对于未能在个人的基础上通过举行调查和听证会以便区分忠诚与否（在涉及德国血统和意大利血统的人的案件中是这样做的）来对待这些日裔美国人，并没有给出充分的理由。……所做的宣称仅仅是这个群体的忠诚是“不为人知的而且时间是很重要的”。然而，珍珠港事件后第一次驱逐命令发布前，都已经过去将近四个月了。

更何况，也没有充分的证据证明，在这样长的一段时间里联邦调查局、军事和海军情报部门没有很好地控制破坏活动和间谍活动。也不能否认这样一个事实，即不只是一个具有日本血统的人在珍珠港事件后被控告，当他们还是自由身时进行了破坏活动和间谍活动，有的因此被判破坏罪或间谍罪。……

因此，我不同意这种将种族主义法律化的做法。任何形式任何程度上的种族歧视都不具有我们民主生活方式中的哪怕一点点的合理成分。在一个已经接受美国宪法所确立的基本原则的自由民族当中，任何情况下这只会是完全令人反感、令人讨厌的。从某种意义上说，这个国家的所有居民由于血统和文化的缘故都与某一外国有着亲缘关系。然而，他们首先是也必然是这个崭新而独特的美国文明的一部分。相应地，在任何时期，他们必须被当作美国实验的继承人来对待，并且应该被赋予宪法所保证的所有的权利和自由。

（史大晓译　邓海平校）

5．青年城金属板和金属软管公司诉索耶（*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 [1952]）

本案起因于朝鲜战争期间的钢铁大罢工。由于劳资双方未能达成一致意见，杜鲁门政府没收了钢铁厂并在劳动争议解决之前负责经营。总统认为他的这种行为是合理的，是建立在他“固有的”行政权力和他作为武装力量的最高指挥官的基础之上的。然而，本院以六比三的多数意见反对政府的观点。但是由于多数意见同意国会可以授权没收充公，因而这个判决只是“自由企业”的一个有限胜利。在首席大法官文森（Vinson）的带领下，持不同意见的人鼓吹一种行政权力的广泛性的观点，这与1895年的*Debs*案的精神有着令人难以置信的相似。

大法官布莱克（Black）宣布法院判决如下：

我们需要决定的是，当总统颁布一项指使商务部接管并经营国家的大多数钢铁厂的命令时，他是否是在他的宪法权力范围内行事。厂主们争论说，总统的命令等于制定法律，这是一种立法职能，而宪法将立法职能明确地赋予国会而非总统。政府的立场是，这项命令是在总统的调查结果的基础上制定出来的，对扭转因钢铁生产的停顿而不可避免所要造成的全国性灾难来说，总统的行为是必要的，为应付这种严重的紧急情势，总统是在他作为国家的最高行政官和美国武装力量的最高统帅所享有的宪法权力的范围内行事。……

总统发布命令的权力，如果有的话，必定是要么来自国会的法律，要么是来自于宪法本身。并没有制定法明确授权总统像在这里所做的这样僭夺财产。也不存在我们的注意力所指向的、能够清楚地暗含这类权力的国会法律。事实上，我们不知道政府依赖什么法定授权而作出这种没收行为。

而且，为了防止停工而使用没收的办法来解决劳动纠纷不仅未被任何国会法规授权，而且在争议发生之前，国会拒绝通过那种解决劳动纠纷的方式。1947 年，当塔夫脱－哈特利法（Taft-Hartley Act）正在考虑中时，国会就曾拒绝了一个将会在紧急情况下授权这类政府没收的修正案。很明显，人们认为没收的办法像强制仲裁一样，将会妨碍集体谈判（collective bargaining）[①] 的进程。随后，国会在那个法案里所采用的计划并未规定任何情况下的没收。……

很清楚，如果总统有权发布他所已经发布的这项命令，就必须在宪法的某个规定中找到它。可政府并没有声称明示的宪法措辞赋予总统这种权力。他辩称，总统权力应该蕴涵在宪法所赋予其的权力集合中。政府于是就特别依赖第 2 条的一些规定，该条说“行政权应授予总统……”；“他应该确保法律得到忠实的执行”，并且他“是美国陆军和海军的最高统帅”。

这一命令并不能当作是总统作为武装力量的最高统帅而有的军事权力的一种行使而得到适当维持。政府企图这样做，它引用了许多案例，这些案例都支持天天作战的军事指挥官享有广泛的权力。在这里，这样的案件不必引起我们的关注。即使“战场”可以是一个不断扩大的概念，我们也不能相信我们的宪法制度，是认为武装力量的最高统帅在诸如为了防止因劳动纠纷而停产，于是就没收财产这类事情上具有最终权力。这是国家立法者的工作，不是军事当局的工作。

没收命令也不能因授予总统行政权力的几个宪法条款的缘故而得以维持。在我们的宪法框架中，总统确保法律得以忠实执行的权力驳斥了他会成为一个立法者的观念。宪法把他在立法过程中的职能，限制在提议他认为好的法律和否决他认为不好的法律之上。并且在关于由谁来制定总统实施的法律上，宪法不是沉默的也不是模棱两可的。……

据说其他几位总统在没有国会授权的情况下，为了解决劳动纠纷也曾经僭夺过私人经营的企业。但即使这是正确的，国会也并不因此丧失它的排他的宪法权力：为实施宪法授予“美国政府或者其任何一部门的”权力而制定必要且适当的法律。

国家的缔造者把立法权委托给国会，在好的时期是这样，在坏的时期也是这样。回顾历史事件、隐藏在他们的选择背后的对权力的担心和对自由的希望

① 一般指劳资双方就工资等问题谈判。——译者注。

没有多大用处。这样一种回顾将只会确认我们的观点，即这种没收命令站不住脚。……

*　　　*　　　*

首席大法官文森（Vinson）、里德（Reed）和米顿（Minton）持不同意见：

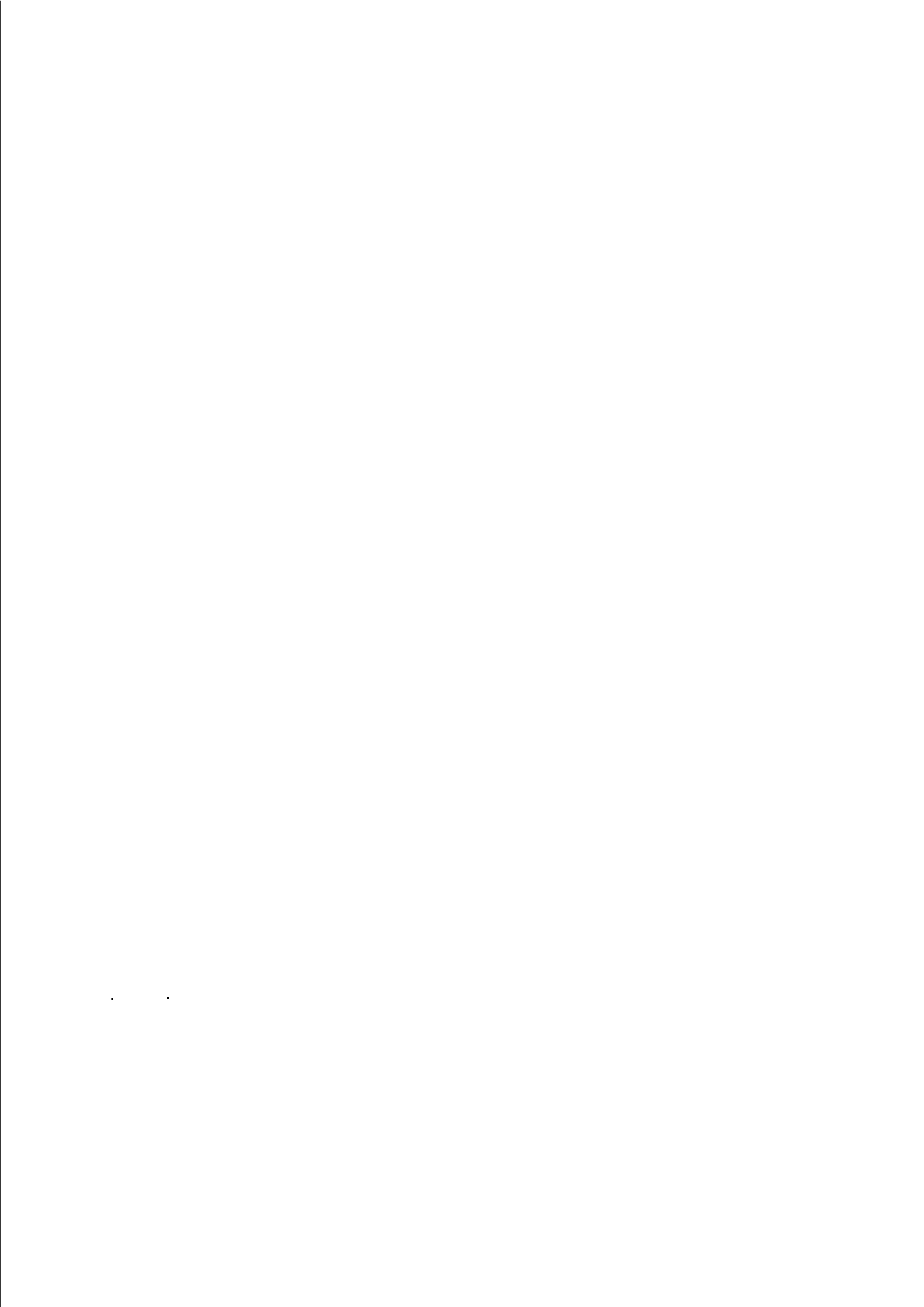
在这里，并不是要求一个人去考虑对一个农场、一个街头的杂货店甚或是单独一个实业工厂进行行政没收的可能性。仅仅当一个人忽视了本案的中心事实时——即如果没有政府没收，国家的整个基础钢铁生产将会完全倒闭，才会产生这些考虑。即使忽视了这个时刻总统作为"处理对外事务的机构"可能拥有的机密消息，本案案卷中的无可置疑的书面陈述也充分支持"停工将立即危及我们的国防"这一判断。原告的律师告诉我们，工厂"迟早"会重新运转。那可能使钢铁公司满意，或许也使工会满意。但是我们的士兵和我们的盟国很难因保证他们的生命所依赖的军火将"迟早"或者是换句话说"太少且太晚"到来而高兴起来。……

不制定专门的授权没收钢铁厂的法律（这也是一种实施法律的模式）——无论在军事采购计划还是在反通货膨胀计划上——到今天为止，从未被认为是要防止总统实施法律。与一个局限于实施作为其产生依据的法律的行政委员会或者一个实施特定法律的部门长官不同，总统是一个负责确保"许多立法"得以实施的宪法官员。灵活的执行方式以应付紧急形势为其实践所必须。

没有法律禁止将没收作为实施立法方案的一种方式。国会一点也没有表明它的立法并不要求通过占有私人的财产（当然要支付恰当的补偿）来实施，如果它的立法否则就不能实施的话。……

无论在较为稳定的时期总统权力的范围如何，无论总统在认为合适时未向国会报告实施方式就实施立法方案的权利如何，在本案案卷中显露出的总统的惟一目的是，通过在紧急情况下的行动来忠实地实施法律以维持现状，从而防止立法方案的崩溃，直到国会能够采取行动时为止。总统的行为与为了维持一个法院的管辖权而以司法拖延来维持现状的目的是一样的。在紧接着没收之后的《国会咨文》中，总统解释了他在实施军事采购和反通货膨胀的立法项目中的行动的必要性，并表达了愿意与任何赞成、规制或者拒绝没收钢铁厂行为的立法提案进行合作的愿望。因而，并没有证据表明总统有任何藐视国会或者以与立法意向不相符的方式行动的目的。

（史大晓译　邓海平校）



三、从保守到激进：沃伦法院（1953—1969）

（一）被告的权利

1. 马普诉俄亥俄州（*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 [1961]）

1949年，最高法院认为，宪法第十四修正案并不能用来禁止在州法院的诉讼中使用通过无理搜查和扣押获得的证据（*Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25）。然而到60年代，法院采取了新的立场，认为第十四修正案已将被告人享有的多项诉讼权利纳入其中。作为这一立场的组成部分，法院开始将关于搜查和扣押的联邦宪法标准适用于州行为；下述 *Mapp* 案直接推翻了 *Wolf* 一案的判决。一年后在 *Ker v. California*, 374 U.S. 23 案中最高法院直截了当地宣布，针对无理搜查和扣押的保障"在第四和第十四修正案下是相同的"。

大法官克拉克（Clark）宣布法院判决如下：

上诉人违反俄亥俄州修正法典第2905.34节，故意持有淫秽书籍、图片和相片，因此被判有罪。俄亥俄州最高法院在其法决概要中正式宣称，该判决是合法有效的，尽管"做出这一判决主要是基于采信对被告人住宅进行非法搜查而获取的淫秽书籍和图片作为证据……"

在审判中控方没有出示任何搜查状，亦未就不能出示做出任何解释和说明……

俄亥俄州援引 *Wolf* 案声称，即使该搜查未经授权是不合理的，也不能因此妨碍在审判中使用这种违宪获得的证据。本院在 *Wolf* 案中的确认为，在州法院对本州犯罪进行的指控中，宪法第十四修正案并不禁止采用通过无理搜查和扣押获得的证据。既然第四修正案所保护的隐私权已被宣布可以通过第十四修正案的正当程序条款加以保护，以防御州政府的侵犯，那么针对联邦政府使用的证据排除规则即应同样被用来保护隐私权不受州政府的侵犯，否则……不受联邦政府无理搜查和扣押的保障将不过是徒具其表的"文字形式"，毫无意义，而且在一部关于人类无上自由的永久宪章中不值一提，不仅如此……不受各州侵犯的隐私权将是如此倏忽即逝，又是如此彻底地与反对野蛮强迫证据手段这一在概念意义上与隐私权紧密相连的权利分离，以至于无法堪称为"法定自由概念所暗含的"自由这一最高法院作出的高度评价。最高法院在 *Wolf* 案中认定第四修正案通过正当程序条款可适用于各州时，正如我们所见，本院此前的案件一直坚定地认为，对于联邦官员来说，第四修正案要求排除违反其规定获取的证据。甚至 *Wolf* 案也是坚持这一观点。……因此，为了将正当程序的实体性保护扩张至所有按照宪法为无理的搜查（无论是州或联邦所为），合乎逻辑并且从宪法角度看必要的是，证据排除规则——这一隐私权不可或缺的

部分，也应被视作 *Wolf* 案中新认可权利的必要成分。简言之，接受 *Wolf* 案中新的宪法权利就无法容忍继续否认其最重要的宪法特权保障，即，排除使用通过非法扣押使被告被迫提供的证据。否则将只是一方面赋予权利，但事实上却将其在宪法上的特权保障撤销，使被告无法享有该项权利。……

我们坚持认为，证据排除规则对于第四和第十四修正案均为不可或缺之成分，这不仅是先例的逻辑指引，而且有其重大意义。宪法和人们的普通意识并非水火不容。现在，联邦检察官不能使用非法获得的证据，而街对面的州检察官却可以，尽管后者被认为受相同宪法修正案的约束。如此一来，该州通过采信非法获取的证据，扮演了鼓励违反本应得到人们拥护的联邦宪法的角色。……更重要的是，“健康运行的联邦制的要义在于避免州法院和联邦法院之间不必要的冲突”。然而，时至今日仍被认可的双重标准使这一认识难以付诸实践。在不实行证据排除规则的州，作为常人的联邦官员将如同在本案中一样，受到双重标准的诱惑，携带违宪获得的证据去寻求街对面州检察官的帮助。这样，在州法院中以此类证据为基础进行的指控完全无视宪法第四修正案的强制力。如果无论是在州法院还是在联邦法院，违宪搜查所得均不能用作证据，则规避法律的诱惑将大大被减弱。……

只有联邦和州都认识到，在他们在活动中负有的尊重同一基本准则的共同义务，在宪法标准的约束下为解决犯罪问题而进行的联邦——州际合作才会有所进展。“无论在具体案件中坚持这些规则看起来会多么像一个有利于罪犯的机制，刑法史已证明，容忍执法过程中存在所谓的捷径将破坏法律本身的持久效力。”……仅仅是禁止两个合作执法的部门之一采取捷径自然会引发正当的怀疑。

对各州使用不光彩的定罪捷径网开一面，将会摧毁人民自由所倚赖的整个宪法控制体系。一旦认识到各州同样不得侵犯体现于第四条修正案的隐私权，并且隐私权不受州官员粗暴侵犯的安全权本身即为一种宪法权利，我们就再也不能容忍该权利仍仅仅作为一个空洞的允诺存在。如同其他受到正当程序条款保障的基本权利，该权利可以同样的方式实现，以得到类似的效果。鉴于此，我们就不能再继续容忍警官可以执法的名义中止这一权利，使之成为可任由其撤销的权利。我们的判决建立在事实和推理的基础之上，它并未赋予个人超过宪法所承诺的权利，也没有给警官少于其忠实执法应享有的权利，并且亦未削减法院真正实施正义而必须的完整的司法权。……

（魏双娟译　张鸿雁校）

2. 高尔特案（*In Re Gault*, 387 U.S. 1 [1967]）

对受到违法或犯罪指控的未成年人适用联邦宪法的程序保障条款，这标示着沃伦法院对于个人自由的进一步关注，依其本意，未成年人法院制度表明了这样一种努力：把用于未成年违法

者的程序与普通刑事诉讼程序分离开来，以避免给这些孩子贴上罪犯的标签。然而，这种诉讼是非公开进行的，被告人遭受法官的武断裁判和关照。诸如律师辩护帮助，听审告知以及不得被迫自我归罪等各项传统保障并未通行于未成年人法院制度中。下面一案中，高尔特（Gault）寻求释放其子，15岁的杰拉尔德(Gerald)。杰拉尔德因被控拨打色情电话由亚利桑那州未成年人法院认定为违法，并被送入工读学校，杰拉尔德在父母不知情的情况下被捕，羁押所通知他的父母将在第二天进行审理。审理中，法官拒绝了向杰拉尔德的父母出示控诉书，也没有制作任何笔录。法官直接审问了这个孩子。杰拉尔德承认曾经拨打电话，但同时坚决称那些污言秽语系为其同伴所讲。整个过程控诉人都没有露面，仅仅是执行逮捕的警官与其联络过一次。听审结束时，法官判决杰拉尔德进入州工读学校，直至其年满二十一岁。亚利桑那州法律禁止就未成年人案件提起上诉。

大法官福塔斯（Fortas）宣布法院判决如下：

据称，未成年人从专为其设置的特别程序中的获益远远大于由于该程序否定了普通正当程序的要求而使他们遭受的不利。正如我们将要探讨的：遵守正当程序规则，如果不是那么僵硬而是灵活的，并不会迫使州放弃或置换未成年人诉讼程序的任何实质长处。但我们认为，重要的是对未成年人程序的所谓优点进行公正客观的评价。然而，面对譬如由斯坦佛研究所就累犯和惯犯问题，为哥伦比亚地区总统犯罪委员会所作的绝对可靠的研究报告，无论情感还是似是而非的大众观点都无法让我们对其中的惊人发现视而不见。该委员会的报告称：在1966年财政年度，由青少年救助机构提交法庭的未成年人中约有66%以上曾被送上过法庭。1965年，收容所中56%的人是累犯。SRI的研究揭示，就1965年被送上未成年人法院的人进行抽样调查，其中有61%的人此前曾至少一次被送上过未成年人法庭，而42%的人则至少有两次此种经历。

毋庸置疑，刚刚提及的这些数字以及未成年人的高犯罪率……使我们难以得出缺失宪法保障能够减少犯罪的结论，或者是认为此前超然于宪法约束而运作的未成年人司法制度在减少犯罪或改造违法者方面是卓有成效的。我们并非想以此来诋毁未成年人法院诉讼程序，或者是说与未成年违法者相关的这套制度一无是处。但是，未成年人诉讼制度中受到拥护者推崇的那些独具优势的特点并不会由于宪法的规制而受到减损。例如，在对未成年人的诉讼和处遇中将其与成年人分开处理，这一原则值得称道。但是，该原则不会受到我们此处所讨论的程序问题的牵连或影响。再者，有人称，未成年人特别程序的重要优点之一就是它避免了将这些未成年人归为罪犯。现今，他们被定性为“违法者”。这一称谓区别当然毫无理由继续存在。然而令人不安的是，现在这个词语所带耻辱意味已变得比适用于成年人的“罪犯”一词仅仅稍轻一点。而且有人已特别指出，事实上，在美国所有的司法辖区内，制定法均规定审判违法青少年的程序不应等同于审判一个无民事行为能力者或是认定他不具备从事民事服务的能力。这就没有什么理由能够解释为什么适用正当程序要求会与这些规定相抵

触。

然而，我们最终面对的是本案所涉及的未成年人法院诉讼程序中的部分。一个男孩被控行为不法。他被交付给一个机构，在那里，他有可能被羁束数年。至于这个机构被称作工读学校，这在宪法上无关紧要，实践中意义也不大。问题的实质在于，不管名称如何委婉，未成年人“收容所”抑或是“工读学校”均是或长或短监禁未成年人的场所。

鉴于此，如果我们的宪法在此对于作为正当程序应有之义的程序规制和适当注意不做要求，那才是异乎寻常的。依据我们宪法，作为一个未成年人这样一个事实并不能使一个非法运作的法庭正当化。事实上，有关未成年人诉讼程序的传统观点的考虑是，这样一来，就有充裕的时间来细致而准确地弄清楚被指控的少年干了什么，以及他为什么这样做。他的行为仅仅是一个未成年人的恶作剧的，还是一个必须加以矫正的、否则会给其自身或社会带来严重危害后果的恶性行为？依照传统的观点，人们将想当然地认为，像杰拉尔德这样，有家庭、双亲均有工作、有兄长的未成年人，即便他曾有过不轨行为，未成年人法院的法官也应仔细地调查并判定是否可以允许其在家接受教育和处理。实际上，就我们目前掌握的材料看，除了与杰拉尔德谈及其功课情况和他想与父亲一起去大峡谷的愿望外，法官的关注焦点与裁定任何其他刑事违法指控鲜有差别。杰拉尔德案与普通刑事案件的实质区别仅在于成年人可以得到的保障在该案中一概被抛弃。简短的程序和长时间的羁押之所以成为可能仅仅因为杰拉尔德是 15 岁而不是 18 岁。

如果杰拉尔德已经年满十八岁而不再适用未成年人诉讼程序，他为涉案的违法行为受到的惩罚至多不过是 5 至 10 美元的罚款，或是不到两个月的监禁。而现在，他却被置于长达 6 年的监禁之下。如果他已年满十八岁，并有可能被判处如此之重刑罚的罪行，那么无论是依据联邦宪法还是依据亚利桑那刑法，他都有资格享有各项重要权利。联邦宪法将保障他在逮捕、搜查、没收、审前讯问等方面享有一系列权利和保护。联邦宪法将确保他得到关于其所受指控的具体通知，还可有充裕的时间来决定如何行动并为自己作辩护准备。他有权被明确告知可以由律师代理诉讼，并且——至少在涉嫌重罪的情况下是如此——如果他的父母无力聘请律师，州有义务为其提供。如果法庭的审理建立在被告供述的基础上，就应该经过认真彻底的程序以确保这些供述确是被告自愿做出的。而若要对案件进行开庭审理，双方当庭对质和进行交叉询问的机会就应获得保障。各州在对待成年人和未成年人方面存在如此巨大的鸿沟，这需要比空洞的允诺更为坚固的桥梁来沟通，需要比陈词滥调更具说服力的理由来解释。

指控通知

上诉人主张亚利桑那未成年法院违宪，或者说，未成年人法院的程序有宪法性缺陷，因为它未能在审理前足够的时间内进行通知。杰拉尔德在星期一被拘留，当时，他的父母未接到任何通知。当天晚上高尔特夫人去看守所时被告知将于第二天下午对案件进行审理，以及杰拉尔德被监禁的原因。……

我们认为在该案件中没有进行适当的通知。为了符合正当程序要求，必须在法庭审理程序开始前的充分时间内通知，为被告提供合理的机会。并且，该通知必须对于所宣称的不法行为进行详细说明。

获得律师辩护帮助的权利

上诉人称，未成年人法院诉讼程序最为致命的缺陷在于法院没有告知杰拉尔德的父母有权获得律师的辩护帮助。法官正是在青少年及其父母没有律师帮助情况下进行了审理，并且做出了拘禁令。

我们认为，如果一个违法者的行为有可能使他被监禁在一个限制人身自由的机构，此时宪法第十四修正案就要求必须告知该未成年人及其父母他们有聘请律师进行代理的权利，或者是，如果他们无力负担费用将为被告指定律师。……

对质，自我归罪，交叉询问

被告人坚持认为他应被授予人身保护令，因为在未成年法院诉讼程序中他被剥夺了对质和进行交叉询问的权利。并且该程序亦不符合不得自我归罪特权的要求。在就（是否颁发）人身保护令进行听证过程中，未成年人法院的法官在作证时说，两次审判都是在杰拉尔德本人供述的基础上进行的。上诉人对此反击称，这些供述的获得过程全然无视不得自我归罪的特权……

我们认为，像在成年人案件中一样，宪法所赋予的不得自我归罪特权在本案这种未成年案件中依然适用。我们承认，如果未成年人或其代理人放弃了这项权利，情况将会比较特殊。而且，由于未成年人年龄的不同及其父母出庭与否以及能力如何将会出现一些差异，但这仅是技术性的而非原则上的差异。律师的参与有助警方、未成年人和上诉法院 实现该项特权。如果由于某些可以容许的原因，在没有律师在场的情况下获得供述，就必须尽最大的注意以确保这些供述是自愿做出的。这不仅是指该供述不是由于受到强迫而做出，而且意味着不能是忽视某些权利的后果或未成年人想象、恐惧或绝望的结果。

杰拉尔德的供述最初是弗莱格（Flagg）警官在该少年的父母、律师均不在场、并且至少从表面看来没有告知被告沉默权的情况下获得的。法官称未成年人法院判决的基础是杰拉尔德在法庭的供述。但对此却没有任何文字记录，而且从最低限度而言，不能不认定获得供述的过程缺少这种能带来严重后果的诉讼程序所要求的确定性。除了这些供述，本案没有其他可赖以做出这些判决和裁定的东西。不存在宣誓证词，控诉者库克（Cook）夫人亦未出庭。亚利桑那最高法院认为，宣誓证言是对所有人的要求，包括警官、缓刑监护官和其他未成年法院组成分子或有其他正式官方联系的人。

我们认为这仍是不够的……

（魏双娟译）

3．米兰达诉亚利桑那州案（*Miranda v. Arizona*，383 U.S. 436 [1966]）

最高法院在 *Escobedo v. Illinois*，378 U.S. 478 案中推翻了一项州的谋杀罪判决，原因是在讯问过程中，此案被告获得律师

辩护权遭到了拒绝，而且警察没有告知他其享有的宪法权利。在讯问过程中，被告作了大量对自己极为不利的陈述，其结果是当这些陈述被用于法庭审判时，导致了对他的有罪判决。法院扩展了它在 *Gideon* 案中的裁决，适用严格标准援用不得自我归罪原则推翻了这一判决。*Escobedo* 案的判决自然引发了激烈的抨击，认为法院在纵容罪犯。此外，还有一种更有力的批评意见认为，法院没有对执法官员的讯问程序设定适当的指导规则，对此法院应该负责。在下面的 *Miranda* 案中，法院对上述两种批评意见作出了回应。

首席大法官沃伦（Warren）宣布法院判决如下：

眼前的这些案件直接触及我们对联邦刑事司法的认识基础：在对个人进行刑事指控时，社会必须遵守一些与宪法一致的限制。具体而言，我们处理的是从受到警方羁押讯问的个人那里所获取的陈述的可采性，以及程序的必要性，该程序确保其享有宪法第五修正案下的不得被迫自证其罪之特权。

在此类案件中，我们都要对一个宪法问题做出决定，即从一个被羁押、或以任何有效形式被剥夺行动自由的被告人那里所获陈述的可采性。每起案件里，被告都是在一个与外界隔绝的房间，受到警官、侦探或检察官的讯问。这些案件中，没有哪起案件的被告人在讯问程序开始时即得到有关其权利的充分、有效的告知。所有这些案件，其讯问都引出了口头供认，而且其中三起案件中，被告还签署了陈述，并且在对他们的审判中，这些陈述被采纳。因此，这些案件有一些显著的共同特征：一个由警察主导的环境中，在没有充分告知其宪法权利的情况下，对与外界隔绝的个人进行了讯问，从而导致自我归罪的陈述。如果被告人选择在不受到任何威胁的情况下发言（不管这种威胁是明显的还是微妙的），那么，拒绝被告人提出的获得律师帮助的要求，会削弱其行使宪法所赋予的保持沉默权的能力。在这些案件中，律师的在场将是一种必要的充分保障措施，这会使得警方的讯问程序遵循这一宪法特权的指示。律师的在场将确保，在由政府所营造的环境中做出的陈述并非强迫的结果。

Escobedo 案正是以这种方式阐明了审前特权的另一面，而这一面在本院以前许多裁决中均有提到：审判权利的保障。在讯问过程中被告人作出陈述时有律师在场，显然有助于加强庭审中的发现真相程序的完整性。律师的在场、权利的预先告知使被告人能够在本来带有强迫性的环境下无畏地做出陈述，从而在某种程度上有效地消除讯问程序中的恶。

今天……毋庸置疑的是，第五修正案的特权在刑事审判程序之外同样是适用的，以便在所有情况下保障行动自由受任何有效形式限制的个人免于被迫自证其罪。我们断定，如果没有适当的保障措施，对羁押中的犯罪嫌疑人或刑事被告人进行的讯问程序，其所蕴含的固有的强迫性压力，将削弱他抵制的意志力，迫使他发言——要不然，在此种场合下他是不会自愿这样做的。为了克服这些压力，获得充分行使不得自证其罪特权的机会，必须充分、有效地告知被告人权利，并且这些权利的行使应给予足够的尊重。……

第五修正案的特权对我们的宪政机制具有如此的基础性作用，而充分告知

这些特权又是相当地便利、简单，以至于在个案中，我们不会去探问，是否即使没有告知这一权利，被告人也已清楚地认识到了其享有的权利。对被告人所拥有的知识的评估，总是基于有关年龄、受教育情况、智力水平以及他先前与当局的接触情况等信息，这永远只不过是推测；而“告知”这一行为却是一个再清楚不过的事实。更为重要的是，无论被讯问人的背景情况如何，讯问时的告知对克服压力、确保被讯问人知道其可自由行使该特权，都是必不可少的。

在讯问开始前，如果一个人表示他希望得到律师的帮助，则没有合理理由，当局不能仅仅基于他没有聘请律师或无力聘请律师而无视或拒绝这一请求。个人的经济能力与这里所涉及权利的范围无关。由宪法保障的不得自证其罪特权适用于所有个人。为保护这一特权，贫困者和富裕者一样需要律师的帮助。事实上，如果我们仅让那些有能力聘请律师的人享有这些宪法权利，那么，我们今天做出的裁决就几乎没有意义了。在我们面前的这些案件同我们过去处理的大多数被告认罪的案件一样，都涉及无力聘请律师的个人。尽管并不要求当局解决被告人的贫困，但当局有义务在执法过程中不去利用此种贫困。在讯问时，一方面对贫困者拒绝给予律师帮助，而另一方面又允许那些能够负担的人聘请律师，这无论在道理上还是在逻辑上，均和已撤销的 *Gideon v. Wainright* 案在审判和上诉时出现的类似情形一样站不住脚。

为了充分告知被讯问者在这个体制下所享有权利的范围，不仅有必要告知其有权聘请律师进行咨询，而且还要告知如果其由于贫困而无力负担律师费用，则可以为其指定代理律师。没有这进一步的告知，律师帮助权的告诫经常会被理解为，仅仅是指如果他有律师或是能够负担律师费用，他可以获得律师的帮助。在告知贫困者获得律师帮助权时，如果不以能为贫困者理解的方式表达（而恰恰是这些人更经常遭受讯问）——他同样有权要求律师在场，则这一告知将是空洞而毫无意义的。就告知沉默权和获得律师帮助权而言，只有通过有效、明确的解释才能确保贫困者真正处于可以行使该权利的境地。……

这并不像一些人所认为的那样，意味着每个警察局在任何时候都必须有自己的“驻局律师”（station house lawyer）在场指示被羁押人。但是，它确实意味着如果警方想讯问一个人，他们必须让被讯问者知道他有权获得律师帮助；而且，如果他无力聘请，警方将会在讯问开始前为其提供律师。如果当局决定，在就案件进行调查的一段合理时间内，他们将不为被告人提供律师帮助；那么，他们可以这样做，而并没有触犯被告人所享有的第五修正案规定的特权——只要在那段时间内不对其进行讯问。……

今天宣告的这些原则针对的是，当一个人处于羁押或以其他任何有效形式被剥夺行动自由的状态中，而首次受到警方讯问时，必须给予其不得自我归罪的特权保障。我们刑事诉讼程序的对抗制正是始于这一点，从而使得它从一开始便与其他一些国家的纠问制相区别。在我们今天描述的告知制度或其他任何可以设计出的有效制度下，所设立的关于此特权的保障措施必须在这一点上发挥作用。

我们的裁决并非意在阻碍警官在调查犯罪中的传统职能，当一个人基于可能的理由而受到羁押时，警方当然可以调查取证，以便在审判中用于指控被告。这些调查可以包括对没有被采取强制措施的人进行询问。我们在本案中的立场并不影响对有关犯罪情况的一般的现场询问，以及在查明事实过程中对普

通公民进行的一般询问。对个人而言，提供他们所知道的信息以协助法律执行是一种负责任的公民行为。在上述情况下，羁押式讯问程序中所固有的强迫气氛并不必然会出现。

在涉及通过讯问所得的陈述时，我们并不声称认为所有供认都是不可采的。供认仍是法律执行过程中一种合理的要素。在没有强迫性因素影响的情况下，任何自主自愿所作的陈述当然在证据上是可采的。该特权的基本要义并非在于，当一个人受到羁押时，是否允许其在没有得到告知和律师帮助的情况下对警察讲话，而在于能否对他进行讯问。在警察拦住某个进入警察局表示想供认犯罪的个人，或者给警察局打电话的某人提出要作有罪供述或是想作其他任何陈述时，是没有什么要求的。第一修正案不禁止任何的自愿陈述，而且其可采性也不因我们今天的立场受到影响。

总而言之，我们认为，当一个人遭受羁押或以其他任何形式被当局剥夺自由并受到讯问时，不得自证其罪的特权即面临危险。必须使用程序性保障措施以保护此项特权，并且，除非采取了其他充分、有效的方式告知该人享有沉默权并确保此权利的行使受到谨慎的尊重，否则必须要求有以下措施。在受到任何形式的讯问前，一个人必须被告知：他有权保持沉默，其所说的任何话都有可能在法庭上被用作不利于他的证据。并且他有权要求律师在场，如果他无力负担费用并愿意，可以为他指定律师。在整个讯问过程中，都必须提供行使这些权利的机会。在给予上述告知并提供行使这些权利的机会后，该人可以明白地、理智地放弃这些权利，同意回答问题或进行陈述。然而，除非并且直至此种告知或弃权为控方在审判中证明，任何通过讯问被告人所获取的证据都不能用来作为不利于被告的证据。……

（魏双娟译　劳东燕校）

4. 马洛伊诉霍根司（*Malloy v. Hogan, Sheriff*, 378 U.S. 1 [1964]）

本案中，最高法院再一次转变了其在诸程序性保障并入第十四修正案上的立场。问题的关键在于，反对自我归罪的特权是否可以通过第十四修正案的保护，从而免受各州的侵犯。在 *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 [1908] 一案以及此后的一系列案件中，联邦最高法院对此一直持否定观点。在与下述案件极为相似的一案中，联邦最高法院推翻了如下规则：适用于证人的豁免法仅使此人在该法的适用范围内受到保护（*Murphy v. Waterfront Commission of New Tork*, 378 U.S. 52）。一年后，在 *Griffin v. California*, 381 U.S. 957 一案中，联邦最高法院推翻了州法院的一项判决——该判决对被告人拒绝做证作出了不利评论，由此进一步扩展了反对自我归罪的特权。

大法官布伦南（Brennan）宣布法院判决如下：

我们认为，第十四修正案保障申请人受到第五修正案中反对自我归罪特权的保护，并且，依据可适用的联邦标准，康涅狄格州最高上诉法院认定本案不应该援引该特权的观点是错误的。

自从第十四修正案于1868年通过以来，本院曾在大量案件中探讨，该修正案可在何种程度上被用来防止各州侵犯宪法第一至八修正案所列举的诸项权利。尽管许多法官早已认为第十四修正案已将前八修正案并入其中，这种迄今盛行的观点可以追溯到1897年在芝加哥作出的 *Chicago, B. & Q.RR v. City of Chicago*, 166 U.S. 226 一案的判决，该判决认为，正当程序条款要求各州对征用私人财产进行适当补偿。正是遵循此判决，最高法院在1908年的 *Twining v. New Jersey* 的判决中陈述道：…… "可以认为，前八条修正案所保护的联邦不得侵犯的私人权利同样免受州行为的侵犯，因为对它们的否定将构成对正当法律程序的否定。"（见 211 U.S. 78，页 99）

最高法院毫不犹豫地重新审查了过去的判决，这些判决中，第十四修正案在保障基本自由方面实际发挥的中心作用，远远不及其制定者在将此修正案加入我们宪法框架时的意图。这样，尽管最高法院直到1922年仍宣称，"不论是第十四修正案还是联邦宪法的任何其他条款，都没有将任何关于'言论自由'的限制加诸各州……"，（*Prudential Ins. Co. v. Cheek*, 259 U.S. 530, 543）三年后，由 *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 一案创一系列判决之先河。今天，正是这些判决使得第一修正案所保护的各项弥足珍贵的思想和精神权利——言论、出版、宗教信仰、集会、结社自由、请愿自由等——都免受各州的侵犯。

在 *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 案中，最高法院第一次认定正当程序条款禁止各州在指控中使用被告被迫作出的供述。考虑到 *Twining* 一案，最高法院在 Brown 案中感到不得不声明，这一结论不包括反对自我归罪的特权。然而，"刑讯逼供是另一回事"。（见 297 U.S. 278，页 285）但这一区别很快便被抛弃，现今在州法院进行的刑事诉讼中，判断供述的可接受性要使用与联邦法院诉讼同样的标准，这一标准在联邦法院的适用始于1897年的 *Bram v. United States*, 168 U.S. 532 案，最高法院在该案中认为："在合众国任何法院进行的刑事审判中，一旦由于非自愿供述而出现对口供证据资格的质疑，该争论应受控于联邦宪法第五修正案的相应规定，该修正案要求：任何人'在任何刑事诉讼中都不应被迫做不利于自己的证人。'"（同上，页 542）以此衡量，宪法审查关注的并不是州官员为获取口供而采取的行为是否令人震惊的，而是供述是否是"自由和自愿的，意即，它既不可以是通过任何威胁或暴力手段得到的，也不可以是通过任何直接或暗示的许诺获取的，无论多么轻微，也不可以是施加任何不正当的影响的结果。……"（同上，页 542—543）……换句话说，被告人绝对不可以被强迫自我归罪。本院已认定，某些特定情况下，即使仅仅是以在嫌疑人招供前拒绝他给妻子打电话这样一种温和的手段所获得的口供，也是不可接受的。……

将联邦标准适用于州法院的案件这一显著的转变，始于 *Lisenba v. California*, 314 U.S. 219，此案中，最高法院提及被告人有"选择承认、否认或

拒绝回答的自由。”……这一转变反映了对美国刑事诉讼制度是指控式而非纠问式，以及对第五修正案的特权作为该制度擎梁之柱的认识。……因此宪法要求，无论联邦政府还是州政府，都只能以独立和自由取得的证据来证实罪行，而不能强迫被告人供述以作为对其进行指控的证据。既然第十四修正案禁止各州以“不正当地激起的同情和怜悯”，……或者其他远非“酷刑逼供”的手段诱供……它相应地也就自然禁止各州像在本案中一样，采用监禁手段来强迫被告人回答可能构成自我归罪的问题。第十四修正案所保护的不受各州侵犯的权利与第五修正案中所保护的不受联邦侵犯的权利恰恰相同：个人有权保持沉默，除非是其自愿选择发言，并且，如本院在 *Twining* 案中所言，他不会因为此种沉默而遭受惩罚。

我们最近在 *Mapp v. Ohio* 一案中再次确认和强调了这一结论，该案推翻了 *Wolf v. Colorado* 案中“第十四修正案并不禁止各州在对其本州犯罪的追诉中，使用通过无理搜查和扣押而获取的证据”的观点，……进而认为，第五修正案规定的反对自我归罪的特权在此类案件中正是在实施第四修正案，同时，结合在第十四修正案中的有关个人安全的两项保证使各州有义务遵守排除规则。……

作为被告的警长在其答辩书中承认，依据本院的判决，特别是其中涉及强迫供述的判决，“指控式制度已经成为我们社会机制的基本组成部分，并因此对各州有强制力”。然而各州强烈要求，在由其主持的讯问中，判断证人能否享有联邦特权时，应适用较联邦诉讼程序宽松的标准。我们无法认同这种观点。本院坚持认为第一修正案的诸项保障，……第四修正案对非法搜查和扣押的禁止，……以及第六修正案的获得律师辩护帮助的保证，……所有这些个人权利在第十四修正案下都应依照保护其免受联邦侵犯的同等标准对各州产生强制力。在涉及强迫供述与该特权本身的政策有关的案件中，根本没有任何迹象表明，如果一项供述用于联邦法庭时可能被认定为是被迫作出的，而在州法庭上使用则不会作此认定。因此，本院拒绝接受这一观点，即通过第十四修正案适用于各州的，仅是“权利法案中个人权利保障的弱化的、主观化的版本”。……宪法赋予的是反对自我归罪的特权，这既可是针对由联邦当局也可以是针对由州当局提起的令人生畏的指控……在判断针对同样令人生畏的指控而提起的同一特权主张是否有效成立时，若仅因该主张提出的地点是联邦或州法院这一差异而适用不同的标准是不合情理的。因此，无论在联邦的还是在州的法院，判断被告人的沉默是否正当合法，必须适用同一标准……

哈特福德（Hartford）县高级法院任命前康涅狄格州首席大法官，尊敬的英吉里斯先生（Ernest A. Inglis），就是否有理由认为在哈特福德县发生了包括赌博在内的犯罪主持调查，本案的申请人在这一调查过程中受到讯问。他分别于 1961 年 1 月 16 日和 25 日两次接受讯问，并且这两次讯问的问题基本相同，皆与他在 1959 年底因设赌局而被捕和定罪的情况有关。对申请人拒绝回答的问题可以概括如下：（1）1959 年 9 月 11 日他为谁工作；（2）在被捕当天和其后的审判中，为他选择律师并支付有关的费用的人是谁；（3）谁为他选择保证人并承担费用；（4）谁替他缴纳了罚款；（5）他被捕时所在住所的房客是谁；以及（6）他认不认识约翰·布格提（John Bergoti）。康涅狄格州上诉法院裁定，回答这些问题并不会导致自证有罪，因为同一犯罪不受二次审判的保障

以及轻罪一年的制定法时效将使任何基于对前五个问题的回答提起指控都不能成立。至于第六个问题，该法院认为，申请人无法解释为何暴露其与布格提之间的关系将构成自我归罪，这就导致其不能有效地主张由该州法律保护的特权。

以联邦标准检验上诉法院这一结论，它没有充分考虑上述问题提出的背景。在哈特福德，该讯问是对包括赌博在内的犯罪进行的广泛调查的一部分。该州在口头辩论中承认（实际上，不难从这些问题本身看出这一意图），该州打算从申请人口中套取与其1959年被捕相关的赌场在康涅狄格州经营者的身份。显然，上诉人当然害怕，如果这个人还在从事非法活动，透露那人的名字将构成证据链上的一环，而这些证据足以将申请人牵涉入某一新近罪行，进而使其受到新的指控。……

（魏双娟　张鸿雁译）

5．吉迪恩诉温赖特（*Gideon v. Wainwright*，372 U.S. 335［1963］）

宪法第六修正案保障被告人"在所有刑事诉讼中"皆有获得律师辩护帮助的权利。最高法院在1942年仍认为各州不受该修正案的约束。*Betls v. Brady*，316 U.S. 455案的判决再次确认了"第十四修正案的正当程序条款未将第六修正案中的具体保障纳入其中……"这一流行观点。然而或许是留意到此前最高法院在Scottsboro系列案中的一个的*Powell v. Alabama*，287 U.S. 45［1932］案的判决，最高法院进而又补充说，某些"就普遍正义观念而言令人震惊的""特定情形"，将可能构成对第十四修正案正当程序条款的否定。下述案例抛弃了*Betls v. Brady*一案中的选择性非纳入论点，并采纳了被布莱克（Black）大法官称为"崇高理想"的"法律面前所有被告人一律平等"。

尽管伯格（Burger）法院的大法官们大量削减他们的前任们所确立的被告人权利，*Gideon*案的规则还是得到了扩张。在*Argersinger v. Hamlin*，407 U.S. 25［1972］一案联邦最高法院认为，不论罪行如何轻微，被告人在所有可能被判处监禁的审判中都应该被赋予获得律师辩护帮助的权利。

大法官布莱克（Black）宣布法院判决如下：

申诉人在佛罗里达州法院被指控强行闯入公共赌场欲行不轨。依据佛罗里达州法律，这一行为构成重罪。出庭时，申诉人经济困窘，也没有律师，他要求法庭为其指定辩护人，于是出现了下面这场对话：

法庭：对不起，吉迪恩（Gideon）先生，我不能为您指定律师代理本案诉讼。根据佛罗里达州的法律，只有被告人被指控犯有死罪时，法庭才能为其指定律师做代理人。对不起，但我不得不拒绝您要求指定律师为您辩护的请求。

被告人：联邦最高法院认为我有权获得律师代理。

审判中，吉迪恩（Gideon）在陪审团面前为自己做了一个外行所能做到的最好辩护。他向陪审团做了开场陈述，对州的证人进行了交叉询问，为自己的辩护提出了证人，并拒绝认罪，而且，做了简短的论证“强调对于本案起诉中所指控的罪行是无辜的”。陪审团做出有罪裁决，最后被告被判处在州监狱中服刑五年。后来，申诉人针对定罪和量刑向佛罗里达州最高法院申请人身保护令，理由是法院拒绝为其指定律师剥夺了“由联邦宪法和《权利法案》”所保障的权利。佛州最高法院认为这一申请是适当的，但“经过斟酌”拒绝向其提供救济，并未陈述任何法庭意见。自从1942年最高法院在意见分歧的情况下对 *Betts v. Brady* 案作出判决后，无论在州法院还是联邦法院，州法院诉讼中被告人获得律师辩护帮助的联邦宪法权利问题就成为联邦和州法院无休止的争论和诉讼的来源。为了重新审视这一问题，我们发出了调卷令。……既然吉迪恩作为贫民参讼（*forma pauperis*），我们为他指定了代理律师，现要求双方在其答辩书和口头辩论中讨论如下问题：“是否应该对本院在 *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 案中的观点重新加以考虑?”

一

贝茨（Betts）声称的其获得指定律师辩护帮助的权利被违宪地拒绝，其事实基础与吉迪恩依据联邦宪法提出的权利主张所基于的事实惊人地相似。贝茨在马里兰州的一个法院被控犯有抢劫罪。在传讯中，他向法官申明，自己无力聘请律师，并请求法庭为其指定。贝茨被告知，除了谋杀案和强奸案以外，该县并不为贫穷的被告人指定律师。于是，贝茨自己作了无罪辩护，请求法院传唤了证人，对州方证人进行了交叉质证，询问了己方证人，并拒绝做有罪供述。该案没有陪审团，贝茨被法官认定为有罪，并被判处八年监禁。和吉迪恩一样，贝茨寻求人身保护令的救济，辩称，他被剥夺了获得律师辩护帮助的权利，而这违反了联邦宪法第十四修正案。贝茨亦被拒绝给予任何救济，对此，本院在审查时确认原判决。当时，拒绝为受到重罪指控的贫穷被告人指定律师被认为并不必然导致违反第十四修正案的正当程序条款，基于一定原因，法院将第十四修正案视作惟一可在这里适用的联邦宪法条款。法院称：

在具体案件中，应以该案全部事实来衡量所谓违反正当程序的主张。那些在一定环境下就普遍正义观念而言令人震惊的、否定基本公正的情形，或许，在另一环境下出于其他的考量，并不构成违反正当程序……

最高法院将正当程序视作“一个比《权利法案》中其他具体条款更具柔性和灵活性的概念”，认为，在贝茨案的特定事实和条件下，依据“普遍和基本的公正理念”，拒绝指定律师并未达到否定正当程序的程度。既然这两个案件的事实和环境是如此相似，我们认为，如果 *Betts v. Brady* 一案中的观点能够成立，我们就得拒绝吉迪恩依据联邦宪法要求获得律师辩护帮助的权利主张。

经过全盘考虑，我们得出结论：*Betts v. Brady* 案作为先例应该被推翻。

二

第六修正案规定，“在所有刑事诉讼中，被告人都享有获得律师辩护帮助的权利……”我们的解释是，这意味着，在联邦法院必须向无力聘请律师的被告人提供律师，除非这一权利被具有相应资格的当事人理智地放弃。贝茨辩称，通过第十四修正案，该权利（获得律师辩护帮助）扩展适用于州法院中因贫穷而无力聘请律师的被告人。法院对此的回应是，尽管第六修正案“没有为州的行为制定规则，然而问题在于，宪法修正案对联邦法院所做的限制是否是表述一项作为公正审判和正当法律程序基础和核心的规则，进而该规则应通过第十四修正案对各州产生强制力”。……为了判断第六修正案中获得律师帮助的保障是否有这种基础属性，在贝茨案中本院考察了“在殖民地时代和《权利法案》纳入联邦宪法之前存在的宪法性法律和制定法，以及迄今的联邦宪法史、立法史和司法史中关于这个问题的信息”。……在这些史料的基础上，最高法院的结论是：“获得指定律师辩护帮助并不是公正审判必不可少的基本权利。”……正因如此，在贝茨案中，法院拒绝接受这种观点，即认为第六修正案中贫穷的联邦被告人获得律师帮助的权利扩展适用于各州，或者用法院自己的话：“通过第十四修正案对各州有强制力。”显然，假使最高法院的结论是贫穷的刑事被告人获得指定律师辩护帮助的权利是“对公正审判必不可少的基本权利”，它就会认定第十四修正案要求各州为在州法庭审理案件的被告人指定律师，正如第六修正案对联邦法庭有此要求一样。

我们认为，在贝茨案中最高法院有大量的先例可据以宣称，列于《权利法案》中联邦不得侵犯的诸项基本自由保障，因第十四修正案而受同等保护免受各州侵犯。相同的原则在 *Powell v. Alabama*，287 U.S. 45［1932］案中得到承认，并被加以解释和适用，该案判决支持获得律师辩护帮助的权利。法院认为，尽管 *Hurtado v. California*，110 U.S. 516［1884］案中有与此相反的雄辩，但应肯定的是，第十四修正案“涵括了”那些“构成我们社会机制和政治机制基石的自由和正义的基本原则”，即使“在联邦宪法的其他章节中已就这些原则作了专门规定”。（287 U.S. 45，页 67）在 *Powell* 和 *Betts* 案以外的诸多案件中，最高法院参照最初的《权利法案》中各项保障的是否具有一种“基本”权利属性，来裁定第十四修正案是否使这些保障对各州有强制力。第一修正案的言论、出版、宗教信仰、集会、结社以及请愿的自由都被明确地认定为具有这一“基本属性”，并因此通过第十四修正案或该条款的一部分的保障而免受各州侵犯。出于同样原因，尽管并不总是精确地使用同一术语，最高法院已使第五修正案中未经合理补偿不得征用私人财产的规定对各州具有约束力。同样，第四修正案中禁止非法搜查和扣押，第八修正案中禁止残酷的、非常的惩罚的规定亦获得此种强制力。而另一方面，本院在 *Palko v. Connecticut*，302 U.S. 319［1937］案中拒绝认定第五修正案的免受双重审判（双重危境）条款也借助第十四修正案对各州有强制力。但同时，卡多佐（Cardozo）大法官代表本院慎重地强调，“通过某特定的宪法修正案的保障、获得的针对联邦政府的有效豁免暗含于法定自由这一概念中，并且因此借助第十四修正案对各

州同样有效"，同时，这些"最初……仅对联邦政府有效的"各项权利保障已由一系列先例经过一种纳入程序从联邦权利法案的早期条款中并入了第十四修正案。……

我们接受 *Betts v. Brady* 案中建立在先例基础上的假定，即，《权利法案》中"对公正审判基本的、必不可少的"各项规定因第十四修正案而对各州有强制力。然而我们认为，最高法院在 Betts 案中认为第六修正案中获得律师辩护帮助的保障并非这些基本权利之一这一结论是错误的。……

事实是，在 Betts 案中认定"获得指定律师辩护的权利并非对于公正审判而言必不可少的基本权利"之时，最高法院鲁莽地脱离了它自己经过深思熟虑确定的先例。重新回到这些在我们看来远比新近这一案子更为正确的先例，我们不过是在恢复那些为确保公正司法机制而确立的宪法原则而已。是理性和反思而不仅仅是这些先例要求我们承认，在我们刑事司法的对抗制中，对于任何被卷入诉讼而又由于贫困而无力聘请律师的人，除非为其指定律师，否则就不可能确保他获得公正的审判。对我们而言，这显然是个真理。州政府和联邦政府都在为建立审判被指控者的机制方面耗费巨资。在任何地方，检控律师均被认为是在有序社会中保障公共利益所必不可少的。同样地，鲜有被指控者确实无力聘请他们可获得的最优秀的律师为之进行辩护。政府指控需要指派律师，被告人亦需要聘请律师为其辩护，这些正有力地表明在刑事诉讼中律师是不可或缺的而非奢侈品。或许在有些国家，被告人获得律师协助的权利不被看作是实现公正审判基本的必不可少的权利，但在我们的国家，它是。从一开始，州和联邦的宪法和法律就极为注重规定各项程序和实体保障，旨在确保所有被告人能够平等地在中立的裁判所接受公正审判。如果穷人受到指控时不得不在没有律师协助的情况下独自面对控方，这一崇高理想就无法实现。……在 *Betts v. Brady* 案中，最高法院偏离了作为 *Powell v. Alabama* 一案判决基础的远见卓识。在其他两个州的支持下，佛罗里达州要求不要触动 *Betts v. Brady* 案的判决。而另二十二个州，作为最高法院之友主张，*Betts* 案"得以延传本身就是一个时代错误"，现在应将之推翻。我们对此表示同意。

原判决被撤销，本案发回佛罗里达州最高法院，由其在本意见基础上做进一步处理。

（魏双娟　张鸿雁译）

（二）言论自由与集会自由

6. 耶茨诉美国（*Yates v. United States*, 354 U.S. 298 [1957]）

Dennis 案的判决鼓励联邦政府指控较低一级的共产党领导人犯有同样的罪行。但在 1957 年，最高法院有了重大人事变动。

在 Yates 案中，最高法院审查和撤销了对十四位所谓的“二线”共产主义者的有罪判决。尽管多数意见没有推翻支持史密斯法案的 Dennis 案判决，本案还是建立了确定更加严格的指控标准。哈兰（Harlan）大法官书写的多数意见强调了鼓吹抽象的理念和煽动非法行为之间的差别。主要依据即 Dennis 案的观点，初审法官指示陪审团，根据史密斯法案，虽然把推翻政府只是作为一种信仰时是可以的，但是当信仰者意欲达致这一目的时，它就是可处罚的。在本案中，最高法院认为仅仅鼓吹一种理念与能够作为定罪理由的“具体行为相去甚远”。但是，史密斯法案仍然有效。因为最高法院在其后的案件中依据其中成员条款，认为参加一个鼓吹以暴力推翻政府的组织是非法的（Scales v. United States，367 U.S. 203 [1961]）。但是，最高法院限制了政府要求党员必须登记的企图，因为这会产生自我归罪的可能（Albertson v. Subversive Activities Control Board，382 U.S.70 [1965]）。

大法官哈兰（Harlan）宣布法院判决如下：

我们要解决这些案件以考虑史密斯法案（Smith Act）引发的某些问题，在此之前本院还未曾碰到此类问题，然后去审査这些上诉人预谋违反该法案的有罪判决。上诉人认为，通过运用史密斯法案作出的有罪判决违反了一些基本原则，而这些原则是最高法院在 *Dennis v. United States* 一案中确定史密斯法案合法的根据……

南加利福尼亚联邦地区法院在初审中判处十四名上诉人有罪，其依据只有一个诉因：阴谋（1）鼓吹和煽动以武力或暴力推翻美国政府的义务和必要性；（2）组织一个和美国共产党一样的团体，由鼓吹和煽动此类观点的人组成，所有的人都意欲一旦条件成熟，马上揭竿而起以武力和暴力推翻政府……

每个上诉人被判处五年监禁和一万美元的罚金……

就我们要解决的这个案件来说，我们只需考察一下上诉人的下列抗辩：（1）地区法院和上诉法院对史密斯法案中的“组织”一词的解释是错误的；（2）初审法院对陪审团的指示中错误地排除了“激起行动”这一因素；（3）初审法院对上诉人定罪的证据不足，本院应当对这些上诉人宣判无罪……根据下面将要阐明的理由，我们决定撤销有罪判决，发回地区法院重审并指示其对一些上诉人应当判处无罪，对另一些上诉人则应当重新审理。

一、“组织”一词

受指控的阴谋的目的之一违反了《美国法典》第 18 编第 2385 节（18 U.S.C §2385），它的规定如下：“任何人组织、帮助或企图组织任何由煽动、鼓吹或鼓励以武力或暴力推翻或破坏任何美国各级政府的协会、团体或集会……都会受到单处一万美元以下的罚金或十年以下有期徒刑或二者并处的刑罚……”

上诉人主张“组织”意味着“确立”、“建立”或者“产生”，而在这个意

义上共产党晚在 1945 年才成立。以此为据上诉人抗辩说，提出这部分起诉书的时间是 1951 年，不符合三年法律时效的规定；而另一方面，政府认为“组织”意味着一个持续的过程，它贯穿于一个组织生命的始终，而用初审法院指示陪审团的话来说，就是它包含诸如“招收新成员，形成新的小团体以及重组或扩大任何协会、党派、团体及其他组织的现存俱乐部、阶层及其他单元”。初审法院和上诉法院都认可了政府的立场，我们认为应当采纳的是上诉人的立场，依据的原则是马歇尔（Marshall）首席大法官一百多年以前在 *United States v. Wiltberger* 案中所阐述的……

对刑法必须进行限制解释，这一规则和刑法文本一样古老。它的依据是法律对待个人权利应当温和仁慈；这一规则还依据下述明确的原则，即惩罚权应授予立法机关而非司法机关。是立法机关而不是法院定义犯罪，确定惩罚……

因此，我们判定既然共产党成立于 1945 年，而指控书直到 1951 年才提出来，三年诉讼时效导致对有关“组织”的指控无效。因此这就要求撤销相关的这部分指控，陪审团无须考虑这一问题……

二、对陪审团的指示

上诉人争辩说，陪审团存在致命的错误，因为初审法官没有指示陪审团：如果要定罪，陪审团必须发现被告预谋提出的主张是这样的，它意图“煽动”人们为了以武力推翻政府而采取行动。上诉人认为把武力推翻政府只是作为“抽象理念”来鼓吹，受联邦宪法第一修正案对言论自由的保护，而史密斯法案要与联邦宪法的规定相一致，就必须被看成是对激起违法行动的那些主张予以限制。但初审法院对陪审团的指示是，允许对于倾向产生武力行动的纯粹鼓吹定罪，而这种鼓吹与导致暴力行动的倾向无涉。其结果是，这种对史密斯法案的适用违反了联邦宪法。政府在初审中也要求法院应当在“煽动”这个词上对陪审团进行指示，现在却认为真正的宪法分界线不在煽动武力推翻和鼓吹武力推翻的抽象原则之间，而在像本案上诉人的这种鼓吹（不管它们是否具有煽动性）和把暴力推翻作为一种纯粹的理论加以讨论和表达之间……

从案卷中毫无疑问，对陪审团的如此指示，原审法院认为：任何与鼓吹的性质是否可能导致听众采取武力行动这种标准相关的问题都不是实质性的，因而陪审团对此无须考虑。政府和上诉人都提出过建议性主张，它本可能要求陪审团认识到受禁止的不是对以武力推翻政府这一抽象原则的简单鼓吹，而是对实现这种目的的行动的煽动，它通过理性的和普通的语言筹划激起人们的此类行动。初审法院拒绝接受这种建议，其理由是，在判决 *Dennis* 案时存在对陪审团作出此类指示的必要性，但在本院对 *Dennis* 案的判决作出以后，这种必要性已不存在。初审法官和辩护律师的对话清楚地表明，在它看来，只要被告所说的与武力推翻政府有联系，而且在说这种话时代有实现这种目的的具体企图，这种鼓吹就是违法的，它还坚称“无论它的语言是否富有煽动性”，诸如此类的主张都是应受惩罚的……

因此我们面临的问题是，史密斯法案是否禁止把推翻政府的企图作为抽象原则的教导和鼓吹，只要这种教导和鼓吹带有不良的意图，而不管它与任何煽动行为以实现此类目的相去甚远。我们认为答案是否定的。

鼓吹抽象的理念和意欲引发违法行动的煽动之间存在明显的区别，这一点一直为本院的判决意见所认可……

然而，我们用不着在此根据宪法强制性规定来判决我们面前的这个问题，因为我们的首要职责是解释史密斯法案。我们不应假设国会不去考虑这个危险的如此清楚明了的领域，也不应假定国会把“教导”和“鼓吹”二词解释为传达特定的和限定内涵的技术术语，却同时又在普通词典所给的意义上使用这些词语……史密斯法案的立法史以及相关的法案表明，毫无疑问，国会已经意识到对抽象理念的鼓吹和对违法行动的煽动之间的区别，国会不可能对这种区别视而不见。史密斯法案针对的是煽动以武力推翻政府的具体行动，而非与行动有天壤之别的原则主张。

政府方倚赖本院对 *Dennis* 案的判决是不恰当的。……

因为未能分辨鼓吹抽象的理念和煽动以行动实现此类目的之间的区别，看来地区法院误解了 *Dennis* 案的判决，它以为该案确定了鼓吹在将来采取武力行动就足以成为有罪的证据。看来它似乎考虑到，因为“煽动性”言论常常被认为是意欲引发直接行动，又因为 *Dennis* 案确定对于将来采取推翻政府行动的鼓吹是充分的定罪理由。所以它意味着，无论鼓吹是否引发行动，鼓吹本身就是可以惩罚的，只要这种鼓吹的表达含有追求推翻政府的具体企图。换言之，地区法院认为 *Dennis* 案抹杀了鼓吹抽象理念和煽动行动之间的传统分界线。

这误解了本院在 *Dennis* 案中所处的情境以及本院对该案的判决。在 *Dennis* 案中，尽管陪审团根据地区法院的指示作出了裁决，陪审团并不认为下面的结论是合理的，即被告的鼓吹导致或引发即刻的行动，它只是认定了鼓吹的目的旨在建立一个叛乱集团并维持它的存在，一伺时机成熟，就采取行动。在这样的情形下，文森（Vinson）首席大法官说，政府不必作茧自缚，直到“在暴动即将开始，计划已经制定和正在等待暴动开始的信号发出之前，政府不能采取任何行动。如果政府意识到，某一旨在推翻它的团体在灌输（indoctrinate）其成员并在给他们上训练课程，而且领导者们在认为合适的时候，就揭竿而起，那么，政府采取行动是必要的”。*Dennis* 案判决的核心是，为了准备即刻的或未来的暴力行动，而通过鼓吹来向它的成员灌输这种理念，如果我们发现这种鼓吹导致“成功采取”以武力推翻的“行动”，引发“行动规则或原则”的暴力性，并使用“煽动性语言”……如果这一团体的规模够大，组织严密并足以促成行动，或者有其他的情景能够合理断定暴动将会发生，那么这种对主张的灌输就不受宪法的保护。这迥异于地区法院在本案中的观点。地区法院认为，依据史密斯法案，武力推翻的原则一旦含有实现武力推翻的企图本质上就是可以惩罚的。但是那种鼓吹，即使是以希望其最终导致暴力革命的方式表达出来的，它和具体行动仍相去甚远，而具体行动正是 *Dennis* 案中受惩罚的为未来行动做准备的那类灌输。下面是 *Dennis* 案共同意见的一部分：“贯穿我们的全部判决的是，我们所做的如下的区分：即可能鼓动其听众采取非法行动的理念的陈述和应采取此类行动的鼓吹的区别。”在 *Dennis* 案中，丝毫没有废弃这一有历史意义的区分。

因为上述理由，我们认为地区法院在这方面给陪审团的指示是不充分的。陪审团从未被告知史密斯法案并不谴责而只是在理论意义上对武力推翻政府的鼓吹。我们认为地区法院的表述——被禁止的主张必须包括武力推翻的“激

励”、“必要”、“义务”，而不只是包括“可欲性”以及“可能性”——不能看成是对下述应对陪审团作出的指示的充分恰当替代，史密斯法案的效力仅达致煽动以武力和暴力推翻政府的行动。区别的关键在于受到鼓动的群众必须被激发在现在或将来去做某事，而不只是相信某事。最多，初审法院所用的词语是暧昧含糊的，因为在缺少任何有关鼓吹抽象原则和煽动行动的区分时它们既可能与前者相一致，也可能与后者相符合。我们也不认为，陪审团承认被告有权利公开自己对暴力革命或其他不合时宜观念的信仰，能够消除初审法院对陪审团指示的模糊不清之处。尤其是，当初审法院不认为对暴力颠覆行动的激励是构成鼓吹受限制的必要因素，而认为问题关键在于鼓吹的表达是否抱有实现此类颠覆的具体企图时，当初审法院就是如此行事时，我们无法假定陪审团从指示中能够获得比初审法院意图传递的更多的信息。……

我们承认，在目的邪恶地鼓吹抽象理念和宣扬、意欲煽动人们采取行动的主张之间的区别常常是如此之细微复杂，以至于难以把握。因为在宽泛的意义上，一如霍姆斯（Holmes）大法官在 *Giltow* 案中发表的反对意见……“每种观点都是一种煽动”。但是，因为存在这种细致入微的差别，所以必须就它们对陪审团做出清楚明了的指示，因为它们涉及的问题正是指控这些上诉人的关键所在。在这个问题上，对陪审团作出简洁易懂的指示之必要性由于记录在案的证据之模棱两可而益显突出，证据问题将会在判决的第三部分论及。认为言论会达到“对行动的鼓吹”的案例是如此之稀少，而这二者之间的距离是如此之大，以致它们完全被记录下来的成百上千个案例所淹没。在这些案例中，即使提及推翻问题，它的出现也仅涉及对原则的探讨问题，与行动相去甚远。因此几乎没有作为证明的价值。在证据中不能发现具体特点的“革命”和“军事”行动的提法在缺少更精确指示的情况下，也会对陪审团产生过大的影响。尤其是在本案中，在这个意义上，我们认为初审法院对陪审团在这个案件根本问题的指示是绝对不够的，我们不能同意基于对陪审团作出的如此“模棱两可的指示”之上的有罪判决……

三、证　据

上面的决定已经要求撤销这些有罪判决。仍然，依据 18 U.S.C §2106，它赋予我们下述权力：“指示作出符合特定情形的……公正判决的路径。”我们认为细心审查该案冗长的卷宗是我们的职责，以便决定是否应当为所有的或部分上诉人打开重审的大门。我们认为，这样的一个判决一方面禁止对那些在本案中证据明显不足无法进行重审的上诉人提起诉讼；另一方面，留给政府自由依据恰当的法律标准重新起诉上诉人，尤其是如果政府不错误理解史密斯法案施加给它的责任，某些方面的证据未必就不能作出有利于政府的解释，这一点毫无疑问……

（汪庆华译　王笑红校）

7. 巴伦布内特诉美国（*Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 [1959]）

> *Watkins* 案范围广泛的判决意见在国会引发了严厉的批评，并激起近乎成功的限制法院权力的努力。无论是出于国会的压力，还是仅仅由于最高法院内部对 *Watkins* 案语言表述的不满，最高法院普遍维护国会的调查权。下述的 *Barenblatt* 案就是一个典型例子，它表明了这样一种多数意见，司法部门无权干涉国会的宪法权力，即使后者的目的就是揭露证人的政治信仰。这种多数意见还求助于所谓的“平衡”标准，以解决个人权利和政府利益之间的冲突。布莱克 Black 大法官发表反对意见，沃伦（Warren）和道格拉斯（Douglas）附议，严厉批评了这种标准。他指责说这意味着联邦宪法第一修正案“只在最高法院认为有理由去遵守时”才会被遵守。

大法官哈兰（Harlan）宣布法院判决如下：

本院再次被要求去解决国会行使宪法权力的主张和抵制这种权力实施的个人权利之间的冲突……

虽然国会的这种权力十分宽泛，但它决不是不受限制的：因为国会只能调查它将要进行立法或拨款的领域，而不能调查属于政府其他部门专属范围内的事务。国会缺乏司法部门享有的司法权力，它就不能调查完全属于司法部门考虑的问题，它也不能对排他地属于行政部门的事务越俎代庖。而国会和政府其他部门一样，在行使权力时必须受制于宪法对政府行为的限制，具体到本案的实际情形，就是人权法案的相关限制……

在这一点上，我们的职能纯粹是在具体案件中根据具体材料作出宪法性判决，而不是对该委员会在一个纷争不断、复杂多样的领域中其行动的明智性和有效性作出一般判断。

我们面对的宪法问题就是，小组委员会对上诉人过去或现在共产党员身份的调查是否违反了第一修正案的规定，第一修正案理所当然涉及并限制了国会的权力……

本院过去的判决为本案决定的作出确立了明确的指导。毫无疑问，第一修正案在某些情况下保护公民免受强迫披露他的社团关系。但是，第一修正案的保护，不像第五修正案反对自证其罪的特权是一种充分的特权性主张，它并不赋予证人在任何情况下抵制调查的权利。在第一修正案的权利被认为妨碍了政府调查以解决问题的地方，对这个问题的解决经常涉及法院对相互竞争的得失攸关的个人利益和公共利益的平衡，它们都是在具体情境中表现出来的。这些原则在 Watkins 案中得到了认可，在该案中，当论及第一修正案和国会的关系时，我们认为……“显而易见，尽管强迫披露个人事务会带来不利后果，并不是所有的调查都是被禁止的……关键的因素是国会在要求非自愿的证人作证时，国会的利益是什么，以及这种利益的重要性怎样”。更晚一些时候，在 *National Association for the Advancement of Colored People v. Alabama*, 357

U. S. 449案中，在判断据称州行为损害了第十四修正案正当程序条款保障的结社权利的问题时，我们运用了同样的原则，并指出：为了胜出利益攸关的个人的宪法权利，“州的次要的利益是必须非此不可的”……根据这些原则，现在我们来考察上诉人的第一修正案权利。

首要的问题是调查是否与合法的立法目的相联系。除非与此种目的相联系，国会要求个人披露其政治关系或其他私人事务就没有宪法依据……

国会对这个国家中的共产主义行动领域享有广泛的立法权力，并通过适当调查作为相应的帮助，这几乎是无可辩驳的。本院从未对这种权力提出质疑，而这无须一一列举就足以说明，国会在这一领域中已经制定或考虑范围广泛的立法措施，其中有许多措施就源于其行为正受质疑的委员会的建议。在最后的分析中，这种权力赖以存在的基础是自卫权，这是“任何社会的最终价值” *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494，页509。这种权利运用的正当性反过来也依赖于这样一种长期以来广为接受的观点。共产党的教义包括最终以武力和暴力推翻美国政府，国会对于这种观点给出过正式的表述。

依据这些前提，本院在其宪法管辖权上一直拒绝把共产党视为普通的政党，并支持旨在针对共产主义问题的联邦立法，这种立法在其他的情境早已引发性质极其严重的宪法问题……根据同样的前提，本院依据第十四修正案支持这样的州立法，它要求公职人员和公职应聘者放弃任何鼓吹以武力和暴力推翻政府的组织的已知的会员资格，这种立法没有人看不出它是针对共产党员的……同样地，本院已经认识到共产党和暴力推翻政府之间的亲近关系……有人认为由于共产党也会支持和平的政治变革，所以我们应该在处理面临的宪法问题时，从国家安全的角度出发，把共产党视为一个普通政党，这无疑于要求本院对二战结束以后决定我们国家政策路线的世界事务视而不见——汉德(Hand)大法官在 *United States v. Dennis* 案的判决意见中对这种国际事务有过生动鲜明的描述……这也无异于要求我们对这种情境导致我们国家承当的巨大责任视而不见……

我们认为，这种立场对调查程序的性质采取了一种过分狭窄的解释，也无法获得对我们而对的资料的公平评估的支持。对鼓吹或准备推翻政府行为的调查当然包括认定证人是否是共产党员的权利……包括对共产党教义的各种宣言的调查。史密斯法案对起诉的严格要求……不是有关“推翻”问题的国会调查的衡量标准，因为调查程序必须逐步展开，这是有必要的。认为这种调查意图控制的是我们大学里的知识传授而不是控制推翻行动，这种看法毫无合理之处。小组委员会主席在调查开始的陈述中并无此类意图的显示，而且就之后散发的材料来说，没有任何证据证明调查后来的方向已经改变。材料揭示出外国操纵、革命目的和共产党的阴谋等方面的大量证据。有抽象哲学层次的证据存在并不能改变这次调查的主题——有关掀起所谓的最终武力推翻目的的共产主义狂热。而且以下结论也无法得到证明，即若不是上诉人一开始就拒绝小组委员会的调查，那么对上诉人的询问就一定超越了可接受的范围……

最后，记录中缺乏其因素，有些这些因素本身即可能导致这样的结论，有关的个人利益不是要服从州利益。在记录中没有迹象表明小组委员会企图当众屈辱证人。申请人以证人身份出现，也不是由于一种漫无限制的天罗地网似的程序，而缺乏可能的理由，据此相信他拥有对小组委员会可能有用的信息。小

组委员会向他提示的问题的关联性毋需怀疑。

我们的结论：在此有关的个人和政府利益之间的平衡，必须有利于后者，并且因此第一修正案的条款没有受到侵犯。

布莱克（Black）大法官持异议，而首席大法官沃伦（Warren）和道格拉斯（Douglas）大法官附署他的意见。

（汪庆华译 王笑红校）

8. 考克斯诉路易斯安那州（*Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 [1965]）

在六十年代，群众性示威成为民权与和平运动的主要武器，静坐是一种特别有用的手段。然而，政府官员经常通过广泛适用反“扰乱和平”和“妨碍公共建筑”的制定法来反击。在 *Cox* 案中，上诉人在 Baton Rouge 法院周围领导了两千名学生的游行，反对隔离和前些时对一些学生的逮捕。考克斯（Cox）被逮捕并且被判阻碍公共道路罪和在法院周围设置纠察罪。法院持一种不同的观点，认为地方的反纠察法令是合宪的，但是撤销对考克斯的定罪，因为他事先已得到警察的许可。在下面的判词中，法院关注的是在集会权和政府官员为维持“秩序”而享有的广泛的、自由裁量的权力之间的冲突。一年以后，法院确认了一个相同的判决，认为示威者不能扰乱政府的合法职能（*Adderly v. Florida*, 385 U.S. 39 [1966]）。

大法官戈德堡（Goldberg）宣布法院判决如下：

在依据这个制定法支持对上诉人的判决时，路易斯安那州最高法院这样解释这一制定法，以便使其适用于那些没有把阻碍交通作为它们特殊目的的公共集会。毫无疑问，从这个案件的记录中可以得出……人行道被阻塞了，于是，如前所释，上诉人违反了这个制定法。

然而，上诉人力辩道，正如在这个案件中所解释和适用的，这一个制定法是对言论自由和集会自由的一种违宪性的侵犯。关于这些事实的争辩引出了本院已经在很多个判决中都处理过的问题，即州或市政府为确保人民安全和方便的使用而管理城市街道或其他设施的权利，以及人民相伴随的言论和集会自由的权利。……

从这些判决中可以得出一些确定而清楚的原则。虽然言论自由和集会自由权利是我们民主社会的基础，它并不意味着每个有观点或信仰需要表达的人可以在任何公共场所、任何时间向公众表达。这个对自由的宪法性保证暗含着维持公共秩序的有组织的社会的存在。没有这种秩序，自由本身将会在过度的无

政府状态中丧失。对在街道上的行进进行管理，就是确保这种的政府必要秩序职责的鲜明例子。在这一关系中的限制是为促进所有人的公共利益而设定的，而且这种限制不易被歧视性的滥用，所以不应以试图行使某些民权为由漠视这种限制，虽然这些民权在其他情况下会受到保护。任何人无视熟悉的红灯的行为不可能被证明是正当的，因为这被认为是对社会的一种抗议。同样，任何人不得主张当交通拥挤时在时代广场的中央，无视交通规则举行街道集会是言论自由或集会自由的一种形式，政府当局有职责和义务保持街道的畅通并适于通行。示威者不能主张这样一种权利，即对街道、公共的或私人的建筑物的入口进行警戒，并且不允许那些不听他们的倡议的人通过。……

我们尤其不能接受上诉人提出的这种观点，他认为宪法第一和第十四修正案赋予那些在街道和交通干线以游行、警戒方式来传播思想的人，与这些修正案赋予那些仅仅通过言论来传达思想的人同样的自由……我们再次确认……“认定某些行为非法，从来不被视为是对言论自由或出版自由的剥夺，尽管这些行为部分地由语言方式（不管是说、写，还是印刷）发起、证明和实施。”

在本案中，我们不去考虑这一制定法的统一、一贯和无差别的适用的合宪性，这一制定法禁止在任何街道和其他公共设施内进行游行和集会。尽管这里所涉及的制定法表面上排除了所有的街道集会和游行，Baton Rouge 当局还没有如此应用和强制执行它。作为该州证人的市政官员很清楚地指出，只要得到事先的许可，即使会造成交通阻塞的后果，一些集会和游行在 Baton Rouge 仍是被允许的。……

这种情形，就如这个制定法自己明确规定，只有在一个享有不受约束的自由裁量权的当地官员看来是和平的，游行或示威才可以存在。在这一制定法下由当局实施的对言论自由的普遍性约束，其效力并不次于一个制定法明确地许可这种选择性实施。本院的一长串案例表明，一个州或市政当局不能“要求所有想传播思想的人，首先要把他们的思想报请警察当局审查和批准，而警察当局有自由裁量权，可以说一些思想允许而另外一些思想不允许传播……”

路易斯安那最高法院承认把这种广泛的自由裁量权授予政府官员，由他们决定观点的哪些表达是被允许的，哪些则不被允许。这样实际上认可了对思想的压制，并且允许这些政府官员像新闻检查官一样行为……只有事先得到政府许可的游行或集会才被许可，这样一种体系固有的特性对于一个人或一个团体的权利是一种很明显的威胁，而这些权利受到法律同样的保护。以下做法显然是违宪的，一是让政府官员去决定观点的哪种表达是被允许的，哪种是不被允许的；二是由政府官员在人们或团体中实施个别歧视，或者是通过适用成文法提供的广泛的自由裁量的许可权力系统，或者是如同在本案中，通过对内容极其广泛的禁止性制定法进行有选择性实施的方法而形成的类似系统。

当然，在适当的制定法或法令下，可以把关于为公共集会而使用街道的时间、地点、持续时间或使用方式的适当的、有限制的自由裁量权授予行政官员是无可争议的，但前提是，这种有限制的自由裁量权在对待每一个被申请的事实时，都适用统一的方法，并从不适当的或不合适的考虑和不公平的歧视中脱离出来；在涉及公众使用交通干线的便利问题上采取一种“‘系统的、一贯的和公正’……”的态度。

但是，很清楚，Baton Rouge 的这种作法，即授予当地官员对为和平游行

和集会而使用街道进行管理的无约束的自由裁量权，是对上诉人的言论和集会自由毫无理由的剥夺，而这种自由被宪法第一修正案所保障，如同第十四条修正案适用于州那样。所以，认为上诉人违反这样适用和执行的制定法的有罪判决必须撤销。

基于以上谈到的理由，路易斯安那州最高法院的判决被撤销。

（叶军莉译）

9．合众国诉奥布莱恩案（*United States v. O'Brien*，391 U.S. 367［1968］）

随着20世纪60年代美国在越南越卷越深，国内的反对与不满也不断高涨。大众与个人在抗议战争上采取了多种形式，包括和平形式与暴力形式。这些行动最终几乎导致了对该场战争的大范围的宪法挑战。在一些案件中，个人寻求抗议自由；在其他一些案件中，个人则寻求免除兵役并提出了许多全新的问题；最后，还存在对该场战争本身的宪法合法性的正式的、一致的挑战。沃伦（Warren）法院的大多数成员，私下里或者公开地接受政府的政策。相应地，法院驳回了那些挑战重大政治与外交政策问题的案件；但在许多其他案件中，大法官们强调了第一修正案条款中的言论与宗教的自由主义价值。然而，在下面的O'Brien案中，法院表达了它不赞成妨碍征兵工作的行为的长期传统。焚烧征兵证（或者焚烧那些据称是征兵证的东西）是当时较为引人注目的抗议方式之一。国会于1965年对征兵法增加了一条修正案作出回应，该修正案规定任何人故意毁坏或者篡改他的（征兵）证的行为都是刑事犯罪。大卫·奥布莱恩（Dawid O'Brien）与其他一些人被联邦调查局探员逮捕。这些联邦调查局探员，与一大群人一道，目睹了奥布莱恩当众焚毁他的登记证（registration card）。奥布莱恩对征兵法律的1965年修正案提出挑战，认为它是对言论自由的一种侵犯，并且它没有合法立法目的。

首席大法官沃伦（Warren）宣布法院判决如下：

奥布莱恩首先辩称1965年修正案适用于他是不合宪的，因为他焚烧他的登记证的行为是第一修正案所保护的“象征性言论”。他的主张是，第一修正案保护的表达自由包括任何一种“通过行为表达思想”的方式，而他的行为处在这个定义的范围之内，因为他是在“表达反战与反征兵”的过程中焚毁登记证的。

我们不能接受这种观点：无限种类的行为都可以贴上“言论”的标签，只要采取这一行为的人是要表达一个思想。但是，即使假设奥布莱恩行为中所谓的交流因素足以引入第一修正案，这也并不必然意味着损毁一个登记证是为宪法所保护的行为。本院认为，当“言论”与“非言论”因素交织于同一行为过程中，管理非言论因素——这一足够重要的政府利益，就能为对第一修正案进行次要性的限制提供正当性。为定义必须存在的政府利益的性质，法院使用了多种描述性术语：强制性的、实质性的、附属性的、首要的、无法反驳的、重大的。不论这些术语本身存在什么样的不精确性，我们认为：只要一个政府规章属于政府宪法权力的范围之内；只要它促进了一个实质性政府利益；只要该政府利益与压制自由表达无关；并且，只要对所谓的第一修正案自由的次要性限制并非是促进该利益的主要因素，该政府规章就获得了足够的正当性。我们发现，1965年对《统一军事训练与兵役法案》（Universal Military Training and Service Act）第12(b)(3)条的进行修改的修正案完全符合上述要求，因此奥布莱恩因违反该法案而被判罪是合宪的。

国会的宪法权力，招募与维持军队以及为此目的而制定的所有必要且适当的法律是非常广泛的。……国会分类并征募人力以服兵役的权力是“不容置疑的”。……根据这个权力，国会可以为负有训练与服兵役义务的人建立一个登记制度，并可合理要求此类个人在该登记制度里进行合作。签发证明以表明个人已经登记及其合格等级是运作这一制度的合法且实质性的行政辅助措施。并且以立法确保可持续获得已签发的证明，符合该制度管理的合法且实质性目的。

奥布莱恩相反的论辩一定是基于他自己对选征兵役（Selective Service）证书的不现实定位。他主要主张是，这些证明只不过是为了通知登记者他们的登记情况或等级的许多纸张，登记者可以根据个人的方便或者喜好保留这些证明，也可以将它们随手扔进废纸篓。根据这种观点，一旦登记者收到了通知，就没有任何理由要他保留这些证明。奥布莱恩还提到登记证明上面的大部分信息并没有起到任何的通知目的，登记者根本不需要被告知他自己的地址与身体特征。我们同意登记证确实包括登记者不需得到通知的许多信息。然而，凭这一点并不能得出结论认为登记证未起到任何目的，而却可以得出结论（就像等级证一样），它起到了除初步通知以外的作用。许多这些目的会因该证明的毁坏或者篡改而无法实现。这些因证明的毁坏或者篡改而无法实现的目的有：

1. 登记证起到了证明登记证上描述的个人已进行征兵登记的证据作用。登记证表明了一个个人的合格等级，上面有这个人的姓名，但却未有这个人的其他情况的描述。自愿出示这两个证明，对一个年轻人来说，是消除他是否违反选征兵役责任这样的问题的简单而无痛的方式。相应地，能出示这些证明也使选征兵役制度能免于验证所有被怀疑违反选征兵役的人是否登记及其等级的行政负担。此外，由于这两个证明在本质上是证明登记者已经履行了法律要求的行为的“凭证”，可持续获得这些证明就是公正且高效地管理这个制度的利益所在——比如，在登记者档案发生混淆的情况下。还有，在发生全国性危机时期，每个登记者能合理地获得这两个小证明，确保了决定他是否适合立即入伍的一个迅捷而不复杂的手段，而不论在我们这个流动性社会中它已离他的地方委员会已多么遥远。

2. 这些证明上提供的信息便利了登记者与地方委员会之间的交流，简化了选征兵役制度并有利于所有相关的人。……

3. 两个证明都可持续提醒登记者他必须通知地方委员会他的住址的任何变化，以及其他指定的个人状况的变化。……

4. 涉及选征兵役证明的管理体制明确而有效地禁止修改、伪造或其他类似的选征兵役证（Selective Service certificates）的欺骗性不当使用。毁坏或者篡改证明都明显增加了检测与追踪此类滥用问题的难度。此外，一个经篡改的证明本身就可以用于欺骗性目的。

选征兵役证实现的这诸多功能毫无疑问地证明：在通过惩罚那些故意且自愿毁坏、篡改此种证明的人，以防止他们任意且无节制地毁坏这些证明并确保这些证明的可持续获得上，国会有合法的与实质性的利益。我们不承认此前存在非持有规章会在任何意义上否定这一利益。……

我们认为，很明显，能持续获得每个登记者的选征兵役证明，实质性地促进了国会建立的军队招募制度顺利并正常地运作。我们认为，同样明显的是，在拥有一个能以最大效率运作的军队招募制度、且该制度能够轻易而迅速地对持续变化的环境进行反应上，国家拥有一个重大利益。基于这些理由，在确保可持续获得已发出的选征兵役证明上，政府就有一种实质性利益。……

总之，我们认为：由于政府在确保可持续获得已发出的选征兵役证明上拥有实质性利益，因为修正的第 462（b）条是保护这一利益的一个适当且有限的方式，且其仅在其范围内的行为的独立的非交流影响（independent noncommunicative impact）定罪，并且由于奥布莱恩焚毁其登记证的行为的非交流影响妨碍了政府的利益，因此，一个充分的政府利益的存在就得到了证明，而该利益又证明了判奥布莱恩有罪是正当的。

奥布莱恩最后辩称 1965 年修正案在其通过时就是不合宪的，因为（据他所称）国会的“目的”是“为了压制言论自由。”我们拒绝了这一论辩，因为根据已确立的原则，国会的目的（奥布莱恩这样使用），不是宣布一个立法违宪的依据。

并且宪法上还有一个类似的原则，即本院不能根据所谓的非法立法动机来否决一个原本合宪的制定法。……

审查国会的动机或目的是一件危险的事情。当问题仅仅是涉及对立法的解释时，本院将查看立法者的声明以获指导，以探察立法机关的目的，因为我们认为，在这种情况下正确决策的利益足以让我们去冒可能误读国会目的的风险。当我们被要求仅根据非常少的几个国会议员就一个制定法发表的言论就宣布这个制定法无效时（而根据已确立的标准，该制定法显然是合宪的），情况就完全不同了。一个立法者就一个制定法发表演说的目的并不必然是其他许多立法者通过这个制定法的目的。而猜测他们的目的的危险是如此巨大，我们必须避免这样做。我们拒绝主要根据一个立法是不明智的就宣布它无效，因为国会有无可争议的权力颁布这个立法，并且，如果同样一个或者另外一个立法者发表了“更明智”的演说，国会还是可以原封不动地再颁布它。……

（邓海平译　史大晓校）

10. 汀克尔诉德·莫艾内学区案（*Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 [1969]）

在下面这个案件中，三个爱荷华州的孩子因以佩戴黑臂章的方式来抗议越南战争而被暂停进入公立学校学习。他们的父母据此寻求损害赔偿，并请求法院发出废除这个学校的规章的禁止令。法院的大多数大法官，很谨慎地指出这三个孩子的行为是“象征性”自由言论，并且认定该行为是非破坏性的（non-disruptive），判决原告胜诉。然而，布莱克大法官（Black）不同意法院判决。他强调了对他一贯坚持的绝对言论自由的观点的一个重要限制。布莱克强调原告的行为是破坏性的，并且侵犯了学校当局的正当权力。

大法官伏特斯（Fortas）宣布法院判决如下：

一

地方法院承认，为表达某些观点而佩戴臂章是第一修正案的言论自由条款范围内的象征性行为的一种类型。……正如我们将要讨论的，在本案的情况下，佩戴臂章完全与实际或潜在的破坏行为无关。本案中的行为几乎等同于“单纯的言论（pure speech）”。而本院一再认为此种“单纯的言论”应获得第一修正案的全面保护。……

二

本案提出的问题与规定裙子的长度或衣服的样式、发型或行为举止无关。……它不涉及侵略性的、破坏性的行为甚或群体游行。我们的问题涉及那些类似于“单纯的言论”的直接而主要第一修正案权利。

该学校的官员禁止并试图惩罚原告进行的无言的、消极的意见表达，而原告的这种意见表达并未带来任何秩序混乱。这里也没有任何证据表明原告干涉了（不论是已经干涉了还是正在干涉）学校的工作，也没有任何证据表明原告的行为与其他学生的安全与不受侵犯的权利相冲突。因而，本案不涉及那种侵犯学校的工作或者其他学生的权利的言论或行为。

在整个学校系统的18000名学生中，只有几个人佩戴了黑臂章。也只有五个学生因为佩戴臂章而被暂令停学。没有任何证据表明学校的工作或者任何课程遭到破坏。在教室外，一些学生向佩戴臂章的学生说了一些不友好的言论，但在学校范围内不存在任何暴力威胁或者暴力行为。

地区法院认为学校当局的行为是合理的，因为作出该行为是基于害怕佩戴臂章会带来混乱。但是，在我们的制度中，对混乱的不特定的（undifferentiated）害怕或担忧并不足以超越表达自由的权利。对绝对整齐划一（absolute regimentation）的任何背离都会导致麻烦，对主流意见的任何偏离都会引发恐惧。在课堂上、在学生餐厅里或在校园里，任何不同于另一个人的观点的言辞

都可能引发争论或者混乱。但我们的宪法说：我们必须敢于冒这样的风险，见 *Terminiello v. Chicago*, 377 U.S. 1 [1949] 案。而我们的历史告诉我们：正是这种危险的自由——这种开放性，才是我们的国家力量的基石，才是生在长在这个相对宽容而又经常众说纷纭的社会里的美国人的独立与活力的所在。

州（这里由学校官员代表）若要证明禁止某一特定的意见表达是正当的，它必须能够证明它的行为是出于其他更多的原因，而不仅仅是出于它想避免一向就伴随于不俗观点的不安与不悦的一个欲望。毫无疑问，当不能发现与证明从事这个被禁止行为将“实质性地扰乱学校运作的适当纪律要求”时，这种禁止就不得维持，……

在本案中，地区法院未有此种发现，而我们对有关记录的独立审查亦未发现有证据能表明，学校当局有理由预见佩戴臂章会实质性地扰乱学校的工作或者侵犯其他学生的权利。即使在暂令这几个学生停学之后制作的一个正式备忘录亦未提及对此种混乱的任何预见。

相反，学校当局的行为似乎是基于一个急切愿望：避免因表达反对国家卷入越南冲突的意见而可能导致的争议——即使这种表达是通过臂章的无言象征来实现的。就这方面来说，下面这点很能说明问题：各校校长们召开决定发布这个有争议规章的会议，是对其中某个学校的一个学生对一个新闻写作老师声言要写一篇有关越南的文章并将之发表在学校报纸上的反应（这个学生被劝阻了）。

同样重要的一点是，学校当局并不想禁止佩戴具有政治意义或会引发争议的所有标志。记录表明，一些学校的学生佩戴与国家政治运动相关的圆形小徽章，而一些甚至佩戴铁十字勋章，这是纳粹主义的一个传统标志。禁止佩戴臂章的命令未适用到这些标志。相反，黑臂章这个特定的标志，成为被禁止的惟一标志。很明显，禁止表达某个特定意见，至少在没有证据表明此种禁止对避免实质性扰乱学校工作或纪律是必要的情况下，是为宪法所不容许的。……

建立学校的主要用途，是为某些类型的活动而在规定的时间内接纳学生。那些活动包括了学生间的个人交流。这不仅是学校学习过程的不可避免的一部分，也是教育过程的一个重要部分。因此，一个学生的权利，不仅限于上课时间。在规定的时间内，不论他是在自助餐厅里、在操场上，还是在校园里，他都可以与别人交换他的意见，即使他是就像越南冲突这样的有争议主题交流意见也是如此，只要他这样做时未“实质性地扰乱学校运作的适当纪律要求”且未与他人的权利相冲突。……但一个学生的行为，不论在课堂上还是在课堂外，若因任何原因——不论这种原因是时间上的、地点上的还是行为类型上的——实质性地扰乱了课堂，带来实质性混乱或者侵犯了他人权利，那么，这种行为当然就不因宪法的言论自由保障而被豁免。……

在我们的宪法下，言论自由并不是仅作为一个存在于理论中却不存在现实中的权利而被授予的。如果表达自由的权利只能在仁善的政府为思想癫狂者提供的一个安全天堂内行使，表达自由将无法真实存在。宪法规定国会（与各州）不能限制言论自由的权利。这一规定是庄严的。我们适当地把它理解为，在一些严格限制的情况下，是允许对与言论相联系的行为进行规制的。但我们不能将第一修正案权利的行使仅限制于电话亭中或者传单之上，或者仅限制于学校教室里的、处在监督之下的被许可的讨论。

如果学校官员通过一个规章规定，除作为课堂练习的一部分之外，在学校财产范围内的任何地方都禁止任何学生讨论越南冲突或者对之表示反对，很明显该规章会侵犯学生的第一修正案权利，至少在不能证明学生的行为会实质性地破坏学校工作与纪律，从而无法为该规章提供正当性的情况下是如此。……在本案的情况下，禁止无言的、消极的"臂章的见证"（其中一个孩子这样称呼它），就是对宪法保障的权利的侵犯。

正如我们前面所讨论的，相关记录并未表明任何事实，这些事实可让学校当局合理地预测，佩带臂章实质性地破坏或者妨碍学校活动，并且在学校财产范围内确未发生任何混乱。原告只是做着学校规定的日常活动。他们的越轨之处仅在于在他们的袖子上佩戴了一块不超过两英寸宽的黑布。他们佩戴黑臂章是为了表达他们不赞成越南战事并号召停战，是为了公开他们的观点，并且，通过他们本身的行动，以影响其他人采纳他们的观点。他们没有打乱学校活动也没有试图侵扰学校事务或者他人生活。他们带来了课堂之外的讨论，但并没有带来对学校工作的侵扰与混乱。在这些情况下，我们的宪法不允许州的官员禁止他们采用此种表达方式。……

* * *

大法官布莱克（Black）异议如下：

……爱荷华的公立学校……开办的目的是提供给学生一个机会进行学习，而不是以实际言论或者"象征性"言论来谈论政治。并且，正如我已指出的，记录充分表明在学校教室里公开抗议越南战争"脱离了州（这里是爱荷华州）希望让它的公立教育机构具有的目的惟一性。"正如法院在集会自由上给予密西西比州（Mississippi）权利一样，这里法院也应当给予爱荷华州的教育机构以相同的权利，以让它们自己决定在该州的学校里能允许多大程度的表达自由。但即使记录未表明抗议越南战争确使学生不能专心于布置给他们的课堂功课。本法院的成员，如所有其他公民一样，不需由他人告知就应知道，对越南战争是否明智的争论已经使这个国家深陷混乱与分裂——很少有其他问题曾经达到这样的程度。与其他人一样，当黑臂章被有意地展现在他们眼前，以纪念战争中的伤者与死者，而其中一些伤者或者死者是他们的朋友或者邻居。学生们，就像其他人一样，当然无法集中于较小的问题。一些学生坚持到被暂令停学的最后关头还决心要佩戴着他们的象征性臂章来上学，这当然会转移学生的注意力。

如人所说，变化是生活的真实法则，但有些时候旧的、经历了时间考验的、正确的生活方式是值得保持的。在这个国家建立学校，毫无疑问是要给予我们安宁并让我们成为更加守法的民族。不加控制与无法控制的自由是国内安宁的敌人。这个国家里一些最恶劣的犯罪是由年轻人犯下的——其中处于上学年龄的人太多了，对这个事实我们不能视而不见。学校纪律，就像父母管教一样，是训练我们的孩子成为良好公民、成为更好的公民的必不可少的重要组成部分。在这里，极少数几个学生掷地有声地当场拒绝遵守学校的命令，而制定这个命令是为了让那些想学习的学生有机会进行学习。一个人不需是一个先知

或者先知之子，就能知道在今天的法院判决之后，爱荷华州的学校中的一些学生，确切地说是所有学校的学生，都准备、能够并且愿意抗拒他们的老师发出的几乎所有的命令。这对学校来说更是不幸，因为在整个国家已经有一群群学生成为脱缰野马，他们非法侵入民宅、非法闯入民宅、静坐、静卧示威。许多这些学生群体，对所有那些看报纸与看电视新闻节目的人来说，都再熟悉不过了。他们已经参加了暴动、强占财产并进行破坏。他们包围学校，强迫学生不能越过他们的包围线，并太经常地以暴力进攻那些渴望获得教育但又非常害怕的学生——是他们包围了学校才使这些学生无法获得教育。参加这样的活动的学生，很明显都自以为他们比他们的父母、老师及选举出来的学校官员更知道如何管理学校。如果认为在本案中，这几个学生为了施加他们的政治压力而要求上学并没有达到这样的可怕地步，就等于没有为这一切提供一个解决方案。当本诉讼判决对他们的老师不利的损害赔偿与限制禁令而放纵他们时，如果认为这些不成熟的年轻学生不会马上认为应当由他们而不是由各州（各州为了学生的利益而收税以聘请老师）来控制学校，除了是痴心妄想之外，还能是什么呢？因此，在我看来，在完全没有宪法理由的基础上，这个案件将这个国家的所有公立学校置于那些最夸夸其谈但却未必最聪明的学生的反复无常之中。起码我不完全相信，学校的学生们能足够明智地管理 50 个州中的 23390 个学校系统，即使他们得到来自华盛顿的本院的专家帮助。因此，我希望完全否认这种观点，即联邦宪法要求教师、父母及选举出来的学校官员将美国公立学校制度的控制置于公立学校的学生之手。我表示异议。

（邓海平译　史大晓校）

（三）出版自由与宗教自由

11. 纽约时报公司诉苏利文（*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 [1964]）

20 世纪 60 年代的民权斗争提出了一个公共官员能否因被诽谤而从批评他的职务行为的人那里得到损害赔偿的问题。1960 年，纽约时报登载了一则公告，批评了阿拉巴马州蒙哥马利市（Montgomery）的市政官员和警察对种族事件的处理。这一公告中有一些关于该市问题的背景的陈述是错误的。苏利文（L. B. Sullivan），该市的一个委员，尽管没有在该公告中被特别提及，还是因而对四个黑人签名者和纽约时报提起了诽谤诉讼。蒙哥马利的一个陪审团判给他 50 万美元的损害赔偿，于是，纽约时报上诉到了最高法院。

大法官布伦南（Brennan）宣布法院判决如下：

根据该案所适用的阿拉巴马州的法律，如果一个出版物的用词"倾向于伤害一个人的名誉"或者"使他受到公众的蔑视"，则该出版物"本身是诽谤性的"；初审法院认为，如果出版物的用词"有损他履行公职，或者将不当行为强加于他的公职行为之中，或者说他缺少一个公众信任所必需的正直或忠诚……"，那么这个标准就得到了满足。陪审团必须查明出版的文字"是或者涉及"原告。但是，在原告是一个政府官员的情形下，他在政府层级中的位置便是一个充分的证据，它能够支持这样一个判定：他的名誉因他主管的部门被批评而受到了影响。"诽谤"一旦确立，被告就陈述事实作出答辩是没有用的，除非他能说服陪审团这些事实是千真万确的……他表述意见、"公平评论"的公民权利取决于该评论所基于的事实的真实性。……除非他能履行举证责任，就应当假定应给予一般损害赔偿，并且用不着证明存在财产损害就应判决进行此种赔偿。证明存在真实恶意显然是获得惩罚性损害赔偿的一个先决条件，被告可以在任何情况下通过一个符合法定要求的言论收回行为来避免被判进行惩罚性赔偿。良好的动机和相信那些事实的真实性并不能使存在恶意的推论归于无效，它们仅在减轻惩罚性损害赔偿方面是有意义的，只要陪审团决定给它们分量的话。

我们面临的问题是，这个被适用于公职人员对批评他的职务行为的人提起的诉讼的归责原则，是否剥夺了第一和第十四修正案所保证的言论自由和出版自由。

正如阿拉巴马的法院所做的那样，本案被告人非常倚重本院所作的宪法不保护诽谤性出版物之类的陈述。这些陈述并不阻碍我们在这里的调查。这些案件中没有一个支持使用诽谤法律对批评公职人员的职务行为的言论加以限制。

我们是在这样的一个背景下来考察本案的，即我们整个国家都深深信奉这样一个原则：关于公共问题的讨论应该是不受禁止的、活跃的且具有广泛的开放性，它完全可以包括对政府和政府官员的激烈的、刻薄的，有些时候甚至是不友好的、尖锐的攻击。目前这个公告，作为我们这个时代对某一重要公共事件发泄不满和反抗的一种表达方式，看起来应当是明显符合宪法的保护要求的。问题是，它是否由于一些虚假事实陈述以及据称的它损害了被告人的名誉而丧失了这种宪法保护。

有关第一修正案权利保障的权威解释，一贯拒绝承认任何例外的真实性检验标准——无论这种标准是由法官、陪审团还是由行政官员来实施——尤其是把证明真实性的举证责任推给言论者的真实性检验标准。……宪法保护并不依赖于"提出的信念及信仰的真实性、受欢迎度或者它们的社会功用"。……正如麦迪逊（Madison）所说："某种程度的滥用与每一件事物的适当使用往往是分不开的；这一点在出版自由权的滥用上尤为正确。"……在自由讨论中，错误陈述是不可避免的，如果表达自由要拥有一点使它们"得以生存下去……"的"必需的""呼吸空间"，这种错误言论就必须受到保护。……

损害官员声誉这个理由与事实错误一样不能给压制否则应当自由的言论以任何正当理由。在涉及司法官员的情况下，本院已经主张，对法院尊严和声誉的考虑，并不能为把对法官或其判决的批评当作蔑视法庭罪加以惩罚提供正当性。……这是正确的，即使这一言论包含了"部分真相"或者"错误信息"。

……如果可以压制这种言论的话，只有在存在一种清楚而现实的妨碍司法的危险的情况下，此种压制才能够被证明是正当的。……如果法官被当作“一个坚韧的、能够在一种很艰难的环境下生存的人”来对待，……那么其他政府公职人员当然也应是同样的（比如由选举产生的市政委员会委员）。对他们的职务行为的批评，并不仅因这种批评是有影响的且降低了他们的职务声誉而不受宪法保护。

如果事实错误和诽谤性的内容都不足以排除宪法对批评政府官员行为的言论提供的保障，那么这两个因素结合一起也同样是不充分的。这是从对1798年的《反暴乱法案》（the Sedition Act of 1798）的大争论中得出的教训，这个法案第一次使第一修正案的中心思想在全国范围内变得明确了（参见Levy, Legacy of Suppression（1960），页258）……

如果一种规则要求职务行为的批评者，保证他作出的所有关于事实的断言都是真实的——并且以实质上没有数量限制的诽谤判决来来保证这样做——那么它将导致一种相应的“自我审查制度”。允许对言论的真实性进行辩护并且将证明真实性的举证责任归于被告，并不必然意味着只有错误的言论才可能被阻止。即使认为此种辩护很充分的法院也已经认识到，举出能证明所谓的诽谤在所有事实细节上都是真实的合法证据是很困难的。……在这样的规则之下，拟批评职务行为的批评者，可能会因为怀疑能否在法庭上证明他们的批评的真实性或者因担心这样做的费用，而不敢表达他们的批评意见，即使他们相信他们的批评是正确的，或者事实上就是正确的。他们往往只倾向于作出“远远绕开不合法区域”的陈述。……因此，这个规则不但挫伤了公共争论的火力，而且也限制了公共争论的多样性。这与第一和第十四修正案是不一致的。

我们认为，宪法保障要求一个联邦规则的存在，该规则禁止公职人员因一个与其职务行为相关的诽谤性的虚假言论而要求损害赔偿，除非他能证明此种言论是出于“真实的恶意”——也就是说，言论者知道该言论是虚假的或者根本不考虑它虚假与否。……

（史大晓译　邓海平校）

12. 安琪儿诉威泰尔（*Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 [1962]）

在20世纪60年代初期，法院开始听审日益增多的案件论及到宗教对世俗生活的介入。例如，在*Torcaso v. Watkins*一案中，法官们推翻了马里兰州的一条宪法规定，该规定要求公务员们提出一个“关于相信上帝存在的声明”（367 U.S. 488 [1961]）。最令人困扰的问题依然是宗教在公立学校中的地位。例如，存在这样一种普遍的情况：以祷告或者诵读《圣经》开始每一个教学日。1952年，法院拒绝对新泽西州的关于每日诵读《旧约》经文的制定法规定进行审查。但在下述案件中，法院赞同重新审视由纽约

州教育局规定的祷告仪式。法院以6:1的占优势的投票结果认为，这一祷告仪式违反了联邦宪法第一修正案宗教条款之规定。大法官斯图尔特（Stewart）在异议时，为法院中教会和国会方面的批评家们的充满激情的攻击提供了大量的“弹药”。他主张既然没有强制学生去背诵经文，纽约州教育局也就没有建立起一个“官方性宗教”，而且法院的行为将会产生这样的后果：即否定了大多数孩子们的“分享我们国家精神遗产的机会。”

大法官布莱克（Black）宣布法院判决如下：

被告纽约市新海德公园第九联邦自由学区教育局，根据该州法律的授权，命令该学区的校长组织每班学生在开始每个教育日时，在教师面前大声地念诵下述祷词：

“万能的上帝，我们承认对您的依赖，我们乞求您赐福给我们、我们的父母、我们的老师和我们的国家。”

这一每日例行的程序是基于州教育局的建议而被采纳的，州教育局是依据州宪法成立的一个政府机构，纽约州立法机关赋予了它对州内公共教育系统的广泛的监督权、行政权和立法权。这些政府官员编写了这些祷词，这些祷词是他们所推荐的而且被作为他们的“关于校内道德精神教育的声明”的一部分而出版，其中写道：“我们相信这一声明将会得到所有怀有良好愿望的人们的赞同，我们号召他们全都投身于我们的方案。”

在该学区采纳诵读教育局的祷词后不久，10个学生的家长在纽约州的某一法院起诉，主张在公立学校采用这一官方性质的祷词的行为与他们以及他们的孩子们的信仰、宗教或者宗教活动相抵触。在所有主张中，家长们对授权学区命令公立学校中采用这一祷词的州法律和命令诵读这一祷词的学区法规这两个法律法规的合宪性提出质疑，理由是：政府机关的这些行为违反了联邦宪法的第一修正案中的关于“国会不得制定确立国教或者禁止信教自由的法律”的命令，这一命令“根据上述宪法第十四修正案，在纽约州是适用的”。纽约州上诉审法院……维持了其下级法院的判决，该判决支持了纽约州政府将教育局的祷词作为州内公立学校的日常例行的程序的一部分的权力，只要学校没有强迫任何一个学生无视其父母的反对去参加这个祷告仪式。……

我们认为，纽约州利用公共教育系统去鼓励诵读州教育局撰写的祷词，已经完全触犯了宪法修正案中的宗教条款。当然，毫无疑问，纽约州的关于每日在教室里依照教育局的祷词乞求上帝的祝福的祷告是一种宗教活动。这是神圣信仰的庄严宣告和对万能的上帝的赐福的祈祷，这样的祷告的性质一贯是宗教性的，没有一名被告对此予以否认，初审法院也清楚地这样判定……

在陈述中上诉人认为，由于违反了宪法中的宗教条款，要求或者允许使用教育局的祷词的州法律必须被推翻，因为这一祷词是由政府官员作为促进宗教信仰的政府性方案的一部分而撰写的。基于这一原因，上诉人主张，政府在公共教育系统中使用教育局撰写的祷词逾越了“政教分离”的宪法屏障。既然我们认为宪法禁止有关国教的法律，这至少意味着在这个国家中，下列事务并不是政府的任务：即作为政府实施宗教方案的一部分，为某个美国民众团体诵读

的需要撰写官方性质的祷词。

这是历史事实：这种由政府为宗教服务编写祷词的做法，就是促使我们许多早期的殖民者离开英格兰，到美国寻求宗教自由的理由之一。……

不幸的史实是，正是这些历尽艰辛反抗英格兰建立的教会的团体，发现他们自己有效地控制了在这个国家里的殖民政府，把他们自己的祷词写进法律，通过了使他们自己的宗教在他们各自的殖民地成为官定宗教的法律。实际上，独立战争之前，在 13 个前殖民地中，有 8 个都有官定的教会，而其余的 5 个殖民地中至少有 4 个有官定的宗教。但是在成功地反抗英国的政治统治的独立战争之后不久，用法律来确定宗教的做法，便遭受到强烈的反对。在弗吉尼亚，少数宗教团体，例如长老会教、路德教、教友派教和浸礼派教的势力，已经强大得使原来官定的新教的圣公会反而变成实质上的少数团体。在那儿，这种反抗迅速地定型为一股强大的政治力量。在 1785—1786 年，那些反抗官定宗教的人们，在并不是任何一个非官定的宗教团体成员的詹姆斯·麦迪逊（James Madison）和托马斯·杰弗逊（Thomas Jefferson）领导下，在基本原则的基础上反对一切通过法律建立正统宗教的行为，从而制定了著名的《弗吉尼亚宗教自由法案》，根据这一法案所有的宗教教派在州内一律平等。尽管意义稍为逊色，但相似的法律在其他各州都得以审议和通过。

在联邦宪法通过之时，我们的历史昭示，许多美国人对政教不分的危险存在广泛的共识。……增补到宪法中的第一修正案确保了联邦政府的权力和威望不得用于控制、支持或者影响美国人民能说哪种祷词，也就是说，人民的宗教信仰一定不能屈从于来自政府的压力，每当有新的政治力量当选时就得去改变自己的宗教信仰。就如宪法第十四修正案所重申的那样，宪法修正案禁止政府建立宗教，在这个国家内的任何政府，无论是联邦政府还是各州政府，都没有权力通过法律去规定任何形式的、被用于实施政府赞助的宗教活动的任何方案中的作为官方性质的祷词。

毫无疑问的是，纽约州的祷告方案在教育局的祷词中建立了官定宗教信仰。被告的主张刚好相反，主要建立在这样的论点之上：即认为教育局的祷词是无派别性的，而且就如州法院所修改和赞同的那样，并不要求所有的学生去诵读这一祷词，但是允许那些愿意这样做的学生保持沉默或者离开教室，这一主张忽视了这个方案的宪法性缺陷的重要性质。无论是祷告仪式可能在教派中保持中立的事实还是学生们是出于自愿而遵行此祷告仪式的事实，都不能使其不受宪法官定宗教条款的约束，或者不受宪法第一修正案中的信仰自由条款的约束。这两个条款根据宪法第十四修正案的规定在各州都适用。尽管这两个条款在有些案例中可能会重叠，它们禁止了政府对宗教自由的两种很不相同的侵犯。不同于信仰自由条款，宪法官定宗教条款并不要求直接的政府性的强迫，而制定建立官定宗教的法律会侵犯这一条款，不管那些法律是否直接去强迫不遵行那些法律的公民。当然，这并不意味着，官方性地规定一种宗教信仰的特定形式的法律并不包括对这些公民的强迫。当政府的权力、威望和资助寓于特定的宗教信仰时，很明显的是直接强迫少数派宗教去服从流行的官方支持的特定的宗教信仰的方式。但是宪法官定宗教条款的目的比此走得更远，它最近的和最直接的目的停留在这样一种信念上，即政府和宗教的混合将会危害政府，损害宗教。在英国和这个国家的官方建立宗教的历史显示，每当政府将自己与某一特定形式的宗教联盟时，必然会引

起奉行那些不同信仰的人的怨恨、不敬甚至轻视。同一历史也显示，许多人已经对依靠政府的支持来扩大其教义的宗教失去了尊重。于是对于我们宪法的制定者而言，宪法官定宗教条款表达了这样一个原则，即宗教过于私人化、过于神圣、过于圣洁，因而不允许政府去做任何“亵渎性的曲解”。宪法官定宗教条款的另一个目的依赖于对这样一种历史事实的知晓，即政府指定宗教和宗教迫害总是形影不离，如影随形的。……为了彻底摈弃这种系统化的宗教迫害，宪法制定者们在创建我们的国家、我们的宪法和我们的《权利法案》时，禁止建立任何官定宗教。纽约州的法律正式地规定了教育局的祷告仪式同时违背了宪法官定宗教条款的目的和宪法官定宗教条款本身。

有人主张，这样适用宪法去禁止各州法律遵从在公立学校中宗教服务的建立，表明了对宗教或者祷告的敌意。当然这是很荒谬的。人类的历史与宗教的历史密不可分。而且这样说并不过分，即自有历史以来，很多人虔诚地相信：“通过祈祷而完成的事情远远超过了人们的想象。”确信无疑的是，在很大程度上得归功于那些相信这一教义的人们，才得以滋长起一种情感，而这种情感又促使他们离开欧洲的官方建立的政府宗教和宗教迫害的逆流，满怀希望地来到这个国家，希望他们能够找到这样一个地方，在那儿当他们取悦他们信仰的神的时候，能够用他们自己选择的语言去祈祷。也正是对祷告的威力有着同样信念的人们，为了通过能保障宗教自由、禁止类似于纽约州在此努力所做的那样政府活动的宪法和《权利法案》进行了斗争。这些人懂得，宪法第一修正案尽力想给政府对宗教和祷告的控制划上句号，并不是为了损及宗教和祷告所制定的。他们深深地懂得，这是为了消除经实践检验正确的忧虑而写的，他们中的几乎所有的人都体会到了这一忧虑，而这种忧虑来自于对以往的政府的了解。以往的政府束缚住人们的舌头，使他们只说政府想让他们说的宗教思想，只向政府想让他们向之祷告的神进行祷告。这样说既不是冒渎神灵也不是反宗教的，在这个国家内的每一个独立的政府都不应该参与制定或支持官方性质的祷词，而应将纯粹的宗教职能留给人民自身和留给那些人民挑选来担任宗教领导的人。

纽约州的对其教育局的祷词作为该州政府赞许的宗教教义的确立，并不等同于建立一个特定的宗教教派而排除其他教派，这是正确的。同样正确的是，事实上，与200年前的视为平常的政府对宗教的侵害相比，政府对这一祷词的赞许看起来似乎相对很轻微。对那些持有认为教育局的官方性的祷词是很简短、很平常的，因此政府对其的确定不会危及到宗教自由的观点的人而言，用宪法第一修正案的作者詹姆斯·麦迪逊的话来说是很合适的：

“对我们的自由的第一次体验感到吃惊是很正当的。……难道没有人看到，一个能够确立基督教而排除其他一切宗教的政府，有可能会同样轻而易举地确立基督教中的某个特定的教派而去排除其他一些教派？一个能够强迫一个公民为支持确立任何一个宗教只交纳三个便士财产的政府，有可能会强迫他在无论什么场合为其他任何的宗教确立而交纳财产？”

纽约州上诉审法院的判决被撤销，这个案件被发回重审，在不违反这一判决的情况下，进行进一步的法律程序。

（金锦萍译）

（四）种族问题

13. 布朗诉托贝卡教育委员会（*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 [1954]）

从 20 世纪 30 年代开始，最高法院开始背离其支持各州种族隔离做法的先例。这种判决开始时是强调为被隔离的各方提供的设施要真正的平等。在 *Missouri ex rel. Gaines v. Canada* 一案中，法院否决了一个州的隔离做法，该州为黑人进入外州法学院提供资金而自己不为其提供便利设施。但是在 1950 年 *Sweatt v. Painter* 案中，法院作了一个新的重要转变，认为得克萨斯为黑人提供的种族隔离制法学院违反了宪法第十四修正案下法律的平等保护（339 U.S. 629)。尽管法院没有直接谴责种族隔离制度，但明显暗示了为一个少数种族而设立的种族隔离的学校，缺乏白人学校所具有的声望、质量及设施。这种对教育中的种族隔离的攻击不可避免地指向了公立学校。法院在 1952 年开始听取在这一问题上的辩论。很显然，有一段时期在法院内部是存在分歧的，但 1954 年 5 月 17 日，由新的首席大法官领导的意见一致的最高法院在 *Brown* 案中作出了历史性的判决。几十年过去了，法院将其关注延至私立学校，认定联邦关于公民权利的制定法禁止任何私立的、非宗教学校仅仅因为学生是黑人而拒绝他们入学（*Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 [1976]）。

首席大法官沃伦（Warren）宣布法院判决如下：

这些案件来自堪萨斯、南卡罗来纳、弗吉尼亚以及特拉华州。尽管它们基于不同的事实及当地状况，但一个共同的法律问题使得本院有理由在合并判决中将它们一并考虑。

在以上每个案件里，未成年的黑人，通过他们的法定代理人，寻求法院的救助以期在非隔离原则基础上获准进入其社区的公立学校上学。在每个案件中，由于法律要求或允许种族隔离，他们都被招收白人孩子的学校所拒绝。这种种族隔离被指控为剥夺了原告在宪法第十四修正案下的法律平等保护。除特拉华州案件以外，每个案件都由三个法官组成的联邦地区法院否决了给予原告以救济，其根据则是本院在 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 案中宣告的所谓“隔离但平等”（separate but equal）的原则。

各原告主张实行种族隔离的公立学校既不“平等”也不可能做到“平等”，并且由此他们被剥夺了法律的平等保护。由于所提问题的明显重要性，本院受理了该等案件。我们在 1952 年开庭期间听取了双方的辩论，而在本次开庭期

间，又对法庭提出的几个特定问题听取了双方的再次辩论。

再次辩论大部分致力于讨论1866年通过宪法第十四修正案时的背景。它完整而彻底地涵盖了议会通过修正案时的考虑、各州的批准、种族隔离州的现实做法，以及对修正案支持和反对者的看法。这个讨论以及我们自己的调查使我们相信，尽管这些资料提供了一些线索，但并不足以解决我们目前面临的问题。它们至多也不过是非结论性的。战后，修正案的最热心的支持者无疑是希望这些修正案能在“所有出生于或归化入美国的人”中消除一切法律歧视。它们的反对者，必定地反对修正案的文字及其精神，并且希望它们仅有最有限的效力。而议会及州的立法机关的其他人心里在想什么，就更不可能有任何明确的认定了。

谈到种族隔离学校，导致修正案的非结论性质的另一个历史原因是那时公立教育的地位。在南方，争取由税收支撑的免费普通学校的运动并没有占主导地位：白人孩子的教育大部分由私人团体操纵，黑人教育几乎不存在，而且实际上几乎所有的黑人都是文盲。事实上，在一些州，法律禁止任何黑人教育。今天，正相反，许多黑人已在艺术、科学，同样地也在商业及专业领域取得了杰出成就。的确，修正案通过时，公立学校教育在北方取得了更大的进展，但修正案在北方各州的影响效果却一般在议会讨论中被忽视了。甚至在北方，公立教育的状况也还远不是今天的样子：课程总是简单而基本的，在乡村地区，不分年级的学校很普遍，在许多州，学校一年的学期仅仅只有三个月，而义务入学简直没听说过。所以毫不奇怪，在宪法第十四修正案的历史中，它意图在公立教育上达到的效果是很小的。

宪法第十四修正案通过不久，在本院对其作出解释的那些最初的案子里，法院认为该条禁止所有各州强加于黑人种族的歧视。“隔离但平等”原则是直到前文提及的1896年的*Plessy v. Ferguson*案才出现，它并不涉及教育，而是与运输有关。美国的法院从那时起，在近半个世纪里一直在该原则伴随下艰难地工作。在本院，已有六个案子在公立教育领域涉及“隔离但平等”原则。在*Cumming v. County Board of Education*，175 U.S. 528案和*Gong Lum v. Rice*，275 U.S. 78案中，这一原则本身的有效性并未受到质疑。在更近的案子里，全部在研究生院层次，发现存在着不平等，即某些特殊利益为白人学生所享有，而有同样教育资格的黑人学生却不享有。*Missouri ex rel. Gaines v. Canada*，305 U.S. 337案，*Siqpuel v. Oklahoma*，332 U.S. 631案，*Sweatt v. Painter*，339 U.S. 629案，*Mclaurin v. Oklahoma State Regents*，339 U.S. 637案，在以上案件中，没有一个有必要重新审查这一原则以给予黑人原告司法救济。在前面提及的*Sweatt v. Painter*一案中，法院则特别对*Plessy v. Fergusom*一案是否不适用于公立教育的问题作了保留判决。

在现在的案子里，这一问题被直接提了出来。这里不像*Sweatt v. Painter*案，本院认定，考虑到学校的设施、课程、教师的资格与工资及其他“摸得着”的因素，所涉及的黑人及白人学校已经平等化或正在平等化。所以，我们的判决不能仅仅依赖于每个案件中对所涉及的黑人及白人学校的这些“摸得着”的因素进行比较。我们必须转而考察种族隔离制度本身对公立教育带来的影响。

为了着手解决这一问题，我们不能一直追溯到1868年修正案通过之时，甚至也不能追溯至*Plessy v. Ferguson*一案判决的做出。我们必须从公立教育

的充分发展及其在全国的人们生活中的现实地位来看。只有这样才能确定公立学校的种族隔离制度是否剥夺了对原告的法律平等保护。

今天，教育可能已成为州与地方政府的最重要职能。义务入学法律以及在教育上的大量花费，都表明了我们对于教育在我们的民主社会中重要性的认识。在我们履行大多数基本的公众义务，甚至在军队的服役之中都要求它。它正是完善的公民资格的基础。今天，它已成为一种重要手段以唤起儿童认识文化的价值，为其以后的专业训练作准备，并帮助他们正常地适应其所在的环境。现在，任何孩子如果被剥夺了受教育的机会，那么要合理地期望他们在生活中成功是可疑的。这种机会，在州已经提供的情况下，应是一种在公平的基础上可为所有人所获得的权利。

我们回到所提出的问题：仅仅基于种族的不同而在公立学校里将孩子们进行种族隔离，尽管物质设备及其他"摸得着"的因素可能是平等的，是否剥夺了少数群体孩子们平等的受教育机会？我们相信它确实是如此。

在前面提及的 *Sweatt v. Painter* 案中，在判定一个对黑人实行隔离制的法学院不能为他们提供平等的受教育机会时，法院很大程度上是依赖于"那些不能客观衡量但能在法学院造就伟大的那些特质"。前述的 *McLaurin v. Oklahoma State Regents* 案中，本院在要求那些被白人学校录取的黑人受到与其他学生同等对待时，考虑的也是无形的因素，即"他们学习、进行讨论和与其他学生交流思想以及一般地掌握其专业的能力"。由于有着额外的压力，这些考虑更适用于在小学和中学里的孩子们。仅仅因为种族的不同，而将一些孩子与其他年纪和资质相仿的孩子隔离开，会造成他们在那一社区地位低下的感觉，这种感觉可能会影响他们的心灵及思想，并可能永远也难以释怀。这种种族隔离制对于孩子们受教育机会的影响在 Kansas 案的判决中得到了很好的表述，尽管该法庭不得不对黑人原告做了不利的判决：

> "在公立学校对白人及有色人种进行隔离，会对有色人种的孩子们造成伤害性影响，当它为法律所认可后，其影响更为巨大，因为种族隔离政策一般仅被理解为代表了黑人群体的低下地位。卑下的感觉将会影响一个孩子学习的动机。所以，为法律认可的种族隔离，将有阻碍黑人孩子教育及精神上发展的趋势，并且会剥夺他们本应在一个种族完整的学校系统里获得的一些利益。"

不论在 *Plessy v. Ferguson* 一案时心理学知识发展程度如何，现代权威已充分地支持了这一判决。[①] 在 *Plessy v. Ferguson* 案中与此判例相背的观点都被否决。

我们可以下结论，在公立教育领域里，"隔离但平等"的原则是站不住脚

---

① K.B. 克拉克（K.B. Clark），《歧视与偏见对个性发展的影响》（世纪中期儿童及青年白宫会议，1950）；魏特曼及科廷斯基（Witmer and Kotinsky），《形成中的个性》（1952），第 6 部分；达斯特及陈（Deutscher and Chein），《执行中的种族隔离制的心理影响：一种社会科学观的概观》，26 J.Psychol. 259（1948）；陈（Chein），《什么是在平等设施条件下种族隔离制的心理影响？》（1949）；布莱默德（Brameld），《教育成本》，《在歧视与国家福利中》（麦克维尔编，1949），44—48；福雷兹（Frazier），《美国的黑人》（1949），674—681。以及一般地，见麦尔德（Myrdal），《一个美国人的困境》（1944）。

的。种族隔离的教育设施是固有不平等的。所以，我们认为这些案件的原告及该案代表的其他相似状况的人，由于所指控的种族隔离的原因，被剥夺了由宪法第十四修正案所保障的法律平等保护。这一认定使得任何对这种隔离是否也违反了宪法第十四修正案的正当程序条款的讨论变得没有必要了。

因为这些是集团诉讼，因为这个判决的广泛适用性，以及因为地方状况的巨大差异性，这些案件中判决的形成面对着相当复杂的问题。在再次辩论时，恰当救济的考虑必须从属于首要问题——公立教育中种族隔离制的合宪性。我们现在已经宣称这种种族隔离是对平等法律保护的否认。为了使我们在形成判决上获得各方的大力支持，这些案件将被归入到诉讼摘录中，并且各方必须对先前法庭为此次再辩论而宣布的第四及第五个问题作更深的讨论。美利坚合众国司法部长又一次被法院邀请出庭。在公立教育中要求或允许种族隔离的州的司法部长，在1954年9月15日之前，按照法院的要求，也将作为法庭之友（*amici curiae*）[①]而被允许出庭，并在1954年10月1日前提出其法律理由书。

此令。

（马捷译）

14．库柏诉艾伦（*Cooper v. Aaron*，358 U.S. 1［1958］）

Brown 案后一年，最高法院颁布了其判决，为补充其1954年的判决做了进一步指导。它将种种不同的案件发还下级法院，这些案件后来基于“不同的地方学校问题”获得了公正的解决。下级法院以及地区学校委员会准备允许“在一个非种族歧视的基础上按照一切审慎的速度”让孩子们进入公立学校学习。鉴于法院与学校委员会易受日益增长的地方政治压力的影响，1955年判决是对规避的一种鼓励。那时，使冲突两极化的政治势力在南方盛行，“大规模抵制”是支配性的情绪。1958年，法院在下面这个案子里对逃避和抵抗（法院判决的行为）作了回应，毫不含糊地确认了1954年判决中的原则及联邦法院的权威。然而，直到司法部在六十年代中期开始提起自己的废除种族隔离的诉讼，包括在芝加哥地区的一个案件（1968年），并且威胁说从种族隔离制学校撤回联邦资助之前，*Brown* 案的影响仍十分微弱。1963年美利坚合众国民权委员会（The United States Commission on Civil Rights）报告指出，只有不到0.5%的南方黑人进入了废除种族隔离的学校。

---

① 法庭之友指向法院呈送法律理由书，表达对法院所面临法律问题的观点的第三方，通常由一些民间组织或是中立的专家学者担任。——译者注。

首席大法官沃伦（Warren）宣布法院判决如下：

这一案件的到来，提出了维持我们政府的联邦系统的极端重要性的问题。必要地，它涉及一个由州长及州立法机关所提出的主张，即州官员没有义务遵守联邦法院的命令，即使它是法院在对美利坚合众国宪法的周密解释的基础上做出的。它特别涉及了阿肯色州州长及立法机关的行动，所基于的一个假定就是他们不受我们对 *Brown v. Board of Education* 案判决的约束……此判决的内容是：宪法第十四修正案禁止各州运用他们的政府权力来禁止有种族背景的儿童进入由各州通过各种安排、管理、基金或财产参与的地方学校。我们被力劝支持中止小石城委员会废除小石城种族隔离制公立学校的计划，直到州法律及推翻和取消我们在 *Brown v. Board of Education* 案中判决的努力已在法庭上受到更进一步的挑战和质疑。我们驳回了这些争论。……

以下是一些事实和情况，它们对于表明法律问题如何提出是有必要的。

1954 年 5 月 17 日，本院判定一个州所实施的在公立学校中的种族隔离制度，是对法律的平等保护的否认，而这是宪法第十四修正案所禁止的。（见 *Brown v. Board of Education*）。……

1954 年 5 月 20 日，*Brown* 案初步意见作出后三天，小石城地区学校委员会通过一个标以"最高法院判决——公立学校中的种族隔离制"的政策声明，并且在 1954 年 5 月 23 日予以公布。在这个声明中，委员会认为"我们有义务遵循联邦宪法的要求，并将遵照执行美利坚合众国最高法院概括出的所应遵循的方式。"

这以后，委员会研究了他们所面临的向废除种族隔离制公立学校系统过渡的行政性问题。它要求教育局长准备一个废除种族隔离制的计划，并且在 *Brown* 案第二意见发布前 7 天，即 1955 年 5 月 24 日，批准了此计划。这一计划规定，第一阶段在高中（十年级至十二年级）实行废除种族隔离制。接下来在初中及小学废除种族隔离制。废除高中的种族隔离制预计在 1957 年秋季开始，而全面的废除种族隔离制学校系统有望在 1963 年完成。……

在学校委员会正像这样为推进小石城学校系统废除种族隔离化作准备时，州的其他权力机构，却相反，还积极地寻求一个计划，以将本院判决为违反宪法第十四修正案的种族隔离制度在阿肯色州永久保留。最初，在 1956 年 11 月，出台了对州宪法的一个修改，断然地要求阿肯色州议会"通过各种合宪途径反对美利坚合众国最高法院 1954 年 5 月 17 日及 1955 年 5 月 31 日违宪的废除种族隔离制判决"，……并且，通过动议，一个学生分派法……按照宪法要求，一个免除强制学生进入种族混合的学校的法案，……以及一个建立州权力委员会的法案，……由州议会于 1957 年 4 月通过。

然而，学校委员会及教育局长继续为实现废除种族隔离计划第一阶段而做准备工作。九个黑人孩子将按计划在 1957 年 9 月进入拥有超过两千名学生的中心高中。为确保废除种族隔离制第一阶段的顺利过渡，种种行政措施都得以实施。

1957 年 9 月 2 日，在黑人学生即将进入中心高中的前一天，阿肯色州长方面采取了强烈的反对措施，以对抗学校当局，他派遣了阿肯色国民卫队到中心高中操场，并且将学校列为对有色学生"禁止进入"。但地区法院随后在诉

讼中发现，州长的行动并非是应学校当局的要求而实施，故而是学校当局完全没有预料到的……

委员会在此诉讼中的延期请求中称："州长行动的效果使反对此计划的核心力量得以加强，并因此导致许多原本勉强接受此计划的人相信阿肯色州具有一些权力，当它被行使时，能使联邦法律无效并允许不遵守本地区法院的判决，并且从那一天起，对此计划的敌意日增，而对学区官员的批评也变得更加尖刻和没有限制。"州长的行动使得学校委员会在9月2日要求黑人学生不要进入高中"直至法律困境已解决"。第二天，1957年9月3日，委员会请求地区法院发出指令，而法院在听审后，认定委员会要求黑人学生离开高中是因为州当局部署军警而不得不作出的。法院认为这不是背离已批准的计划的理由，并命令学校委员会及教育局长继续进行该计划。

第二天即1957年9月4日一大早，九名黑人孩子试图进入高中，但像地区法院后来所查明的那样，阿肯色国民卫队"遵照州长命令而行事，肩并肩地站在学校操场上，强行阻止这九名孩子进入"学校，在随后三个星期的每个上课日，他们都像这样一直持续着。

在同一天，1957年9月4日，阿肯色东部地区的联邦检察官应地区法院要求，立即展开调查，以便为干预有序实施地区法院实行废除种族隔离制计划指令的行为确定责任。三天后，9月7日，地区法院否决了学校委员会和教育局长要求暂时中止继续实行计划的命令的请求。

在联邦检察官调查结束后，他和美利坚合众国司法部长，应地区法院请求，作为法庭之友参与了诉讼并代表美利坚合众国请求法院命令阿肯色州州长及阿肯色国民卫队军官们停止进一步阻挠遵守法院命令的企图。审理了这一请求后，地区法院认定学校委员会的计划由于州长动用国民卫队武装而被阻碍，并且在1957年9月20日发布了一个初步禁止令，命令州长及国民卫队军官不得阻止黑人孩子进入中心高中，也不得阻挠和干涉与计划有关的法院命令。国民卫队随即从学校撤出。

第二天，1957年9月23日，是星期一，九名黑人孩子在那天早上，在小石城警察局及阿肯色州警察局警员的保护下进入了高中。但是在早上这些警察又让孩子们离开了学校，因为他们很难控制聚集在高中门口的大量的示威群众。然而，在9月25日，美利坚合众国总统派遣了联邦军队到中心高中，这样黑人学生入学才得以实现。正规军队一直留驻在高中直到1957年12月27日，然后由联邦政府控制的国民警卫代替，他们在剩下的整个学期都一直留在那儿。有八名黑人学生在整个学年都一直在该校上学。

我们现在看看目前我们面前的诉讼情况。1958年2月20日，学校委员会及教育局长在地区法院提出了一个请求，要求延期实施他们废除种族隔离的计划。他们的观点实质上是说，由于极端敌对的公众情绪，在黑人学生入学的情况下，维持中心高中正常的教育进程是不可能的，他们声称这种反对情绪很大程度上是由于官员们的态度、州长的行为以及立法机关的行为而引起的。委员会因此建议撤出已允许入校的黑人学生，并且送入种族隔离制学校，并且所有进一步实现委员会废除种族隔离计划的措施推迟一段时间，委员会后来建议为两年半。

审理之后，地区法院准许了委员会要求的法律补救措施。在其他一些事情

中，法院认定在过去的一年里，中心高中的状况是“混乱、喧嚣和骚动的”……

地区法院在 1958 年 6 月 20 日作出了判决。黑人被告向第八巡回上诉法院上诉，并且也在此要求延期执行地区法院的判决……上诉法院并没有对延期的请求作出判决，但在 8 月 4 日进行特别开庭并审理了上诉后，于 1958 年 8 月 18 日撤销了地区法院判决。1958 年 8 月 21 日，上诉法院中止其命令，并允许学校委员会向本院申请调卷令（certiorari）……认识到对这些问题的及时判决对 1958－1959 学年的安排有着极端的重要性，我们在 1958 年 8 月 28 日进行了特别开庭，应被告的动议听取了口头答辩，以及副司法部长的意见，他们是应邀作为法庭之友代表美利坚合众国而出庭的。他主张上诉法院的判决在事实和法律上是完全正确的，并敦促我们立即撤销对它的延缓执行……1958 年 9 月 12 日，正如已提到的，我们一致地确认了上诉法庭的判决……

在确认推翻了地区法院判决的上诉法院判决过程中，我们毫无保留地接受了学校委员会、教育局长及其律师的观点，即他们在这些诉讼过程中以及在处理那些已指出的不幸而悲痛事件后果的过程中表现出完全的真诚和善意。我们同样地接受了地区法院对于 1957—1958 年期间中心高中状况的认定，以及这种认定，即所有该校学生的教育进程，不论白皮肤的或有色的，已受损害，而如果去年盛行的状况仍允许继续的话，还将继续受害。

然而这些认定的重要性，应从我们面前的事实来认识，它由记录毋庸置疑地揭示出来。这些事实是，它们描述的状况可直接追溯到阿肯色州立法者以及行政官员在其职权范围内和名义下的行为，这些行为反映了他们自己对抗法院 *Brown* 案的判决的决心，并由此导致阿肯色州对该判决的严重抵抗。在向法庭提出调卷令的请求中，学校委员会自己以这种语言描述了这种状况：“州的立法、行政以及司法部门用颁布法令、召集部队、发表使联邦法律及联邦法院判决无效的声明，和拒绝利用州执法机构和司法程序来维持公众和平的方式来反对小石城学校的废除种族隔离制的行为”……

被告的宪法权利并不因州长及立法机关行为导致的暴力和混乱而受损害或向其屈服……法律及秩序不能通过剥夺黑人儿童的宪法权利而被保存。我们面前的记录清楚地表明委员会日益增长的困难达到了超出其无助的控制权力的程度，而这主要是州行为的结果。这种困难，正如委员会的律师在本庭口头辩论中毫不犹豫承认的，也能为州的行为所控制。

控制的法律原则是明白清楚的。宪法第十四修正案的要求是，没有任何“州”可以在其管辖权内否认任何人的法律的平等保护……这样，宪法第十四修正案就禁止各州所有否认法律平等保护的行为，而不论是州的什么机构在采取这种行为。简而言之，由法庭在 *Brown* 案中宣布的，儿童不因种族或肤色而在入学问题上受歧视的宪法权利，既不能由州立法者、行政官员或司法官员公开或直接地宣告无效，也不能由他们通过普遍的种族隔离计划而间接取消，不论其是否“真诚而友善”。

由发展的事实角度看，论述的内容已足够处理这一案子。然而，我们应回答州长及州的立法机关行动的假设，即他们不受我们在 *Brown* 案中判决的限制。为此，有必要提及已成为确定原则的基本宪法条款。

宪法第六条确定了宪法是“国家最高法律”。1803 年，首席大法官马歇尔

（Marshall）代表最高法院的一致意见，在提及宪法“作为国家基本而重要的法律”时，在 *Marbury v. Madison* 这一著名案件中宣布“司法部门的职能和义务当然是说明什么是法律”。这一判决宣布了一个基本原则，即联邦的司法部门在解释宪法问题上是有最高效力的，并且这一原则从那时起就被法院及国家作为一个我们宪法制度的永久和必要的因素而遵守。由此本院在 *Brown* 案中对宪法第十四修正案的解释是有最高效力的，宪法第六条使它对美利坚合众国各州的“任何与之相冲突的宪法和法律”有拘束力。任何州的立法者、行政人员以及司法官员通过按照宪法第六条第三款宣誓而承担庄严职责“支持该宪法”。首席大法官坦尼（Taney）在 1859 年代表最高法院的一致意见指出，这一要求反映了宪法制定者“希望保持宪法的完全实施和全部权力，并警惕各州抵抗和逃避其权威”……（见 *Ableman v. Booth*）……

任何州的立法者、行政人员或司法官员如果不违反其支持宪法的义务，是不能向宪法开战的。首席大法官马歇尔代表最高法院的一致意见讲到：“如果一些州的立法机关故意宣告美利坚合众国法院的判决无效，并且破坏在那些判决下获得的权利，宪法自己就变成了一个严肃的笑话……”（见 *United States v. Peters*，5 Cranch 115）类似地，一个州长主张权力来宣告联邦法院命令无效也是被禁止的。他如果拥有这种权力，那么正如首席大法官休斯（Hughes）在 1932 年代表最高法院一致意见说，“很明显，一个州长的法令而不是美利坚合众国宪法成为最高效力的法，那么联邦宪法对于州的权力的限制将成为一纸空文……”

当然，公立教育的义务首先是关于国家的，但同样正确的是，由各州承担的公立教育的责任，像州的其他行为一样，必须与联邦宪法要求一致地施行。宪法创造了一个在法律下致力于公平正义的政府。宪法第十四修正案体现和强调了这种观念。各州通过任何安排、管理、基金或财产的方式对种族隔离制学校的支持，都违背修正案要求的：即任何州都不能在其管辖权限内否认任何人在法律下的平等保护。学生不能基于种族背景而被隔离于各学校的权利，是如此基本而普遍，以至于它体现在法律正当程序的概念中……*Brown* 案中的基本判决是由本院在提出案情摘要，进行了两次辩论以及对问题给予了最严肃的考虑之后一致作出的。由 *Brown* 案第一项判决作出至今，已有三位新法官来到本院，他们对于该意见的看法与参加了基本判决而仍在本院的法官们一致，因而现在这一基本判决又一致地得到了重新确认。那些在判决中宣示的原则以及各州按照宪法要求对它们的遵守，对于保卫由基本宪章为我们所有人保障的自由，是必不可少的。我们在法律下公平正义的宪法理想就这样变成了一个活生生的事实。

（马捷译）

15. 伯顿诉威尔明顿停车场管理局（*Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 [1961]）

1883年民权案件（Civil Rights Cases）在种族歧视行为中区分的政府行为与私人行为的基本原则，80年后在技术上仍然是这个国家的法律。但是最高法院对种族隔离长期的攻击不断地削弱着这条曾经看起来简单明晰的区分原则。此外，现代机构中政府活动与私人活动的混同也使对此二者作出明确区分变得愈加困难。下述案例涉及一家私人拥有的餐馆拒绝为一名黑人提供服务，而此餐馆位于一座由一家政府机构拥有并管理的建筑内。虽然最高法院避免了直接推翻民权案的判决，但法院确实显示了对每种特定情形中"公众—私人"关系作出宽泛解释的意愿。

大法官克拉克（Clark）宣布法院判决如下：

在此以获得确认权利与颁发禁令为救济目的的诉讼中，已确认的事实是，被上诉人伊戈尔咖啡店（Eagle Coffee Shoppe, Inc.），一家位于特拉华州威尔明顿市一所不靠街面的停车场建筑内的餐馆，仅仅因为上诉人是黑人而拒绝为其提供食物或饮料。该停车场建筑为威尔明顿停车场管理局（特拉华州政府的一个机构）所有并管理。上述餐馆是该局的租户。上诉人声称拒绝为其提供服务的行为侵犯了美国宪法第十四条修正案中平等保护条款赋予他的权利。特拉华州最高法院认为伊戈尔咖啡店是依照租约以"一种纯粹私人身份"为此行为，它的行为并非管理局的行为，于是也就不属于第十四条修正案所包含的意欲禁止对象中的政府行为。该法院同时认为，根据《特拉华州法典》24卷第1501条（24 Del Code, §1501），伊戈尔咖啡店是一家餐馆而非旅馆，于是它"（根据特拉华州法律）不被要求为所有进入其营业场所的人提供服务"。……

首席大法官文森（Vinson）在 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 [1948] 案中认为，民权案（109 U.S. 3 [1883]）将下列原则"植入我们的宪法当中"："宪法第十四条修正案第一款（平等保护条款）所禁止的行为仅限于那些可以被正当地认为是各州政府行为的行为，该修正案并未针对仅仅是私人性质的侵害提供救济，不管该私人行为体现出多么强烈的歧视与过错"。民权案判决意见的用语给出了依照第十四条修正案对政府承担责任的广泛检测的标准，预示了此标准对"任何一种否定法律平等保护的政府行为"（页11）的法律后果。就在两个开庭期前，也就是民权案后大约75年，"政府责任"这一概念被解释为必然产生于"政府通过任一协议、经营、资金或资产所参与的行为"，（*Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 [1958] 页4）。很明显，自从上述民权案判决以来，"个人对个人权利的侵犯并非第十四条修正案的主要对象"（页11），侵犯个人权利的私人行为并未违反平等保护条款，除非政府的任一行为被认定已在很大程度上卷入上述行为中。由于获得法律平等保护的权利的效力只能存在于此权利的适用范围内，如果要在个人与政府间关系的各种不同情况下享有该权利，而所有这些关系都是第十四条修正案所要涵盖的，那么，包含着对此权利的宪法保障的该条文的不精确表述也就具有了必要性。同样的道理，设计并适用一个精确的公式来认定依照平等

保护条款下的政府责任是一个“不可能达成的任务”，并且“本法院从未试图这么做”（*Kotch v. Pilot Commissioners*，330 U.S. 552—556）。惟有区分不同事实，斟酌不同场合，才能确认有不明显的政府介入的私人行为应当属于何种性质：私人行为，或是政府行为。

关于这一点，特拉华州最高法院似乎特别强调以下事实其精确性仍值得怀疑的：整个建筑设施修建费用中只有约15%由政府“预付”；整个建筑的费用中3/5用于供商业性租赁的场地，2/5用于停车场；预期的停车场收益仅占总预期收入的约30.5%，收支平衡期望通过租赁所得来实现；管理局并无在建筑中设立餐馆的本意，那只是投标的一个偶然结果；伊戈尔咖啡店在装修上花费了相当多的资金；餐馆的主要的并且有招牌的公开门面在第九大街上，而停车场区没有它的直接公开入口；“伊戈尔咖啡店与公共机构惟一的联系是，前者每年支付的数目为28700美元的租金被管理局用来支付另一家企业运作的部分费用，如果没有这些资金，那家企业就无法盈利”。……所有这些事实上的考察确实可以有效地说明政府修建的这座建筑的一些方面的情况，但是我们无法认为那就能无可避免地得出结论说，在本案中并未存在政府行为。当把上述情况放入其他一些必须被承认的事实中去评价时，它们的说服力就降低了。

那块土地及其建筑属于政府所有。作为一个统一体，此建筑在管理局执行其“基本的政府职能”中专用于“公共用途”。……该土地的取得、建设、修缮费用完全来自威尔明顿市政府的出资、贷款和收益债券、租赁与停车场设施的收益，而租赁与停车场的收益使贷款和收益债券的偿还成为可能。如果这样的区分是有意义的，……那么，那些提供商业性租赁的场地就不是政府的多余资产，而是作为政府管理其作为一个自我维持系统的事业规划的一部分，实际上无论从外观上还是财务上都是必不可少和不可分割的。保养和维护此建筑，包括一些必要的修缮，是管理局的职责并从公款中支出。毫无疑问，餐馆和它所在的停车场建筑之间的特殊关系赋予双方各种附带的相互利益。餐馆的顾客在停车时获得了方便，即使他们并未直接从停车场进入餐馆。同样，就餐的方便也为管理局停车场的业务提供额外的需求。当任何由伊戈尔咖啡店完成的使租赁之房屋增值的装修改良成为整个房产价值的一部分，此房产却不可能被增征税收，因为它由免税的政府机构所拥有。同样不容忽视的是，尤其是鉴于伊戈尔咖啡店在主张中所承认的，对它来说为黑人提供服务将使其生意受损，那么，通过种族歧视而获得的收益就不仅有利于政府机构获得更高的财政收入，而且是其收入中不可分割的因素。

所有这些活动加起来：管理局的义务与职责、经济利益的互惠，以及餐馆作为专用于公共停车场业务的公众建筑的不可分割的一部分而运作这一明显的事实。所有这些，说明了政府在此种族歧视行为中的参与和介入程度之深，已使该行为属于宪法第十四条修正案设定的要惩罚的范围。具有讽刺意味的是，在一座由政府机构用公款为公众利益建成并维持的建筑内的某一部分，人人拥有平等的权利，而在此建筑的另一个同样为公众服务的部分，一个黑人被视为二等公民，因其种族而遭轻视，丧失其权利并被拒绝提供服务，然而与此同时他在附近完全私人所有的其他楼房里的饭店就可以不折不扣地享受与常人同等的待遇，这形成了一种严重的不公。正如州衡平法院首席法官（Chancellor）所指出，管理局本可以在与伊戈尔咖啡店的租约里明确要求后者承担宪法第十

四条修正案所规定的责任，将其作为政府参与的结果去要求私人公司。但是没有一个州（政府）可以因忽略了其职责或无论何种动机导致的未能成功地履行职责而放弃其职责。对于一个被剥夺了法律的平等保护的个人来说，导致此种剥夺行为的良善愿望并不能给他带去任何抚慰。……因其不作为，停车场管理局，乃至通过其体现的政府当局，不仅仅使其自身成为拒绝提供服务这一行为的参与者，而且已经选择将其权力、资产与声望作为此经确认的种族歧视行为的支撑。政府陷入与伊戈尔咖啡店相互依赖的处境如此之深，以至于它必须被认为是上述受指控行为的共同参与者，于是，该行为就不能被视为是“纯粹私人行为”而可以脱离第十四条修正案的适用范围。

由于不可能构造出可以轻易加以适用的公式，由上述记录中的事实及情境中得出的结论决不能被宣布为检验每一个政府租赁合同的普遍真理。由于政府的“庞大性”，大量事实关系可能某种程度上似乎属于第十四条修正案的适用范围，但是必须牢牢记住，只有在特定的给定的事实或情境的框架中才可以决定这一点。

撤销特拉华州最高法院的原判，发回此案，并根据本院意见进一步审理。……

（刘晓春译）

16．琼斯诉阿尔弗雷德·H·梅耶公司（*Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. 409 [1968]）

二战后，反对住房出售和出租方面的歧视遭遇了强硬的抵制。现状的维护者常常诉诸情感方面的理由——维护私人权利以及象“一个人的住所就是他的城堡”一类口号。社区以至州一级的公决引发了严重的分歧。结果常常是“无歧视住房”立法（“open housing” legislation）的搁浅，或者是前后不一的政策中充斥着大量例外。例如，加利福尼亚在1964年举行公民投票，通过了州宪法修正案，使得现行的立法失效。但是，州最高法院和联邦最高法院都认为该修正案违反了联邦宪法第十四修正案，因而推翻了该投票结果。（*Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 [1967]）。1968年早些时候，一个联邦上诉法院以公民无权对一项如果通过将会违宪的措施进行投票为由，反对旨在禁止在两年内通过无歧视住房法令的密尔沃基（Milwaukee）公民表决的建议。直到1968年，马丁·路德·金遇害，人们才从噩梦中醒来，原先的各种企图采取联邦无歧视住房立法的努力才得以实现。国会终于制定了一部这方面的法律，尽管私房主的交易不受该法案的约束。两个月之后，在下面的案件中，最高法院求助于1866年《民权法案》（Civil Rights Act），以支持禁止在任何财产的出

售和出租交易过程中的歧视现象。最高法院强调了 1866 年《民权法案》的立法目的，大胆地提醒这个国家已有一个世纪的承诺，为黑人也为白人承诺全部的自由。

大法官斯图尔特（Stewart）宣布法院判决如下：

在本案中，我们需要判定一项国会立法，即《美国法典》第 42 编第 1982 条（42 U.S.C §1982）的适用范围及其合宪性，该条文原文如下：

"在任一州和地区，所有美国人享有白人在继承、购买、租赁、出售、持有和转让不动产、动产方面的权利。"

1965 年 9 月 2 日，上诉人在密苏里州东区的地区法院提起诉讼，诉称只因上诉人约瑟夫·李·琼斯（Joseph Lee Jones）一家是黑人，被告就拒绝把位于圣路易县 Paddock Woods 区的一幢房子出售给他们。上诉人请求法院发布禁令并提供其他救济手段，其依据部分是第 1982 条，但地区法院根据被告的动议驳回了原告的起诉。第八巡回区上诉法院维持原判，认为第 1982 条仅适用官方行为，其效力不及于私人拒售行为。我们同意调卷进行重审。基于下面的原因，我们撤销上诉法院的判决。我们认为第 1982 条在财产出售和出租方面禁止所有的种族歧视行为，既包括官方行为，也包括私人行为。这条法规只有这样解释，才能表明国会实施宪法第十三修正案的权力是正当的。

首先，弄清楚本案不涉及的问题很重要。无论如何，第 1982 条不是一条全面的法规，与 1968 年《民权法案》中的"公平住房"条款（Pub. L. 90—284, 82 Stat. 73）形成鲜明对比的是，这条法规只涉及种族歧视，而不考虑宗教歧视和国别歧视。它不具体考虑与房屋出售或出租有关的服务设施提供方面的歧视问题。它没有禁止暗含歧视性内容的广告及其他表述，它也没有详细规定在金融安排和经纪服务方面的反歧视条款，它没有授权联邦行政机构扶助受侵害的当事人，它也没有为司法部长介入提供理由。而且，虽然它能够通过禁令得到强制执行，但它并不含有授权联邦法院判令给付赔偿金的内容。

因而第 1982 条不含有国会在 1968 年《民权法案》中规定的豁免条款，但是，认为第 1982 条无论如何会削弱国会最近立法的重要意义则是大错特错的。其实，在上诉法院对本案作出裁决以后举行的听证会上，参议院住房和城市事务小组委员会（Senate Subcommittee on House Urban Affairs）被告知，第 1982 条可能是"一条现行有效的禁止私人在出售和出租不动产中的歧视行为的联邦法规"。但是，它也同时被告知，即使法院应该如此解释该条款，这条法规的存在并不"削弱国会立法"详细说明"联邦政府为实现它所保护的权利应承担之责任"的必要性。关键在于，由于希望依靠自身来实现自己权利的私人诉讼当事人面临许多困难，所以，即使 *Jones v. Alfred H. Mayer Company* 一案的原告在最高法院能够获胜，通过立法建立联邦机构以保证第 1982 条所赋予的权利得以实现仍然是必要的。

1968 年 4 月 10 日……众议院通过了 1968 年《民权法案》。它的颁布对第 1982 条和本案没有影响。但它强调了一般制定法和一部详尽的住房立法之间的重大差别。前者适用于在出租和出售财产方面的种族歧视行为且只能依据私人自诉得以实施，后者适用于所有歧视行为，依靠联邦强制力得以实施。在指

出这些差别以后，我们接着考虑第 1982 条本身。

我们先看看该法律的语言表达：第 1982 条用简单明了的字眼，赋予所有的公民，不分种族、肤色在购买和出租财产问题上享有"白人所享有的""同等权利"。有如本案的上诉法院认定的那样，那些"把财产投人市场的人"和政府一样都会对该权利造成重大侵害。因为，即使国家及其相关机构并不支持人们以种族为由把别人驱逐出社区，只要财产"只是为了白人才被置于市场之中，黑人不享有白人享有的权利"，上述的事实依然存在，只要想购买（和）租赁房子的是黑人，仅仅因为他们是黑人就可以被拒绝，那么就不能说他"在购买（和）租赁……不动产和动产方面……享有白人所享有的……同等权利"。（标记以示强调）

因此，表面上第 1982 条似乎禁止在出售和出租财产中针对黑人的任何歧视行为——既包括官方的，也包括私人的。其实，甚至被告也承认如果第 1982 条确有所指（用被告的总结性语言来说），那么它就包括对出售或出租带有种族偏见动机的拒绝，而不能只限定在官方禁止的住房隔离行为，被告在强调对第 1982 条的字面解释带来革命性内涵的同时，争辩说这样的结果并不是国会原先所希望的。但是，我们通过对相应历史的研究，使我们相信国会制定该条款的意思确实是这样。

第 1982 条源自 1866 年《民权法案》第 1 条的一部分……与我们的目的有关的，最关键的语言是赋予"美国任一州和地区"的所有居民，"在继承、购买、租赁、出售、持有和转让不动产、动产方面"享有"白人所享有的""同等权利"。通过 1866 年《民权法案》的国会毫无疑问会认为，实施上述行为的权利不但会受到"联邦和地方法律的践踏"，还会受到"偏见和习惯的破坏"。所以，当国会在《民权法案》第一节规定购买和出售财产的权利在美国为黑人和白人平等享有时，它清楚地意味着它保护这些权利免受来自任何方面的干涉，不论是来自政府，还是来自私人。

事实上，如果第 1 条只是赋予公民免受政府侵害的权利，那么它的第 2 条就会变得毫无意义。因为那一条款既规定对剥夺受第 1 条保护的权利的个人予以罚款和监禁，又详细指出实施侵扰行为的个人免受它所规定的刑事制裁。当然，如果第 1 条所赋予的"权利"只是免受官员歧视的权利，就不存在所谓私人侵扰免受刑事制裁的问题。确实像本案的原告指出的那样，1866 年《民权法案》的结构和语言表明第 1 条意图禁止所有带有种族偏见的对该条所列权利的剥夺，尽管依据第 2 条只有那些实施"种族方面的法律（color law）"的剥夺行为才是可予刑事制裁的。

为了证明上述说法是错误的，被告在很大程度上依据的是这样的事实，国会颁布 1866 年《民权法案》，目的是根除前不久制定的黑奴法典（Black Code）——它们使得黑人"贫困潦倒，把他们的权利限制在……如此之小的范围内，……，以至于这些权利毫无价值可言……"（*Slaughter-House Cases*，16 Wall 36，页 70）。被告认为国会企图消灭的惟一恶魔是此前邦联时期各州的种族歧视性法律。但是《民权法案》在起草时，是以适用于全国为目的的，比起只是为了取消歧视性法律，它所用的语言也宽泛得多。

被告试图让我们相信，那种宽泛性语言只是立法者的笔误。但我们不这样认为。企图废除黑奴法典国会同样也接触到不计其数的证据，它们表明黑人受

到私人和非官方团体的虐待，而且这种虐待和恶意的州立法无关。“南、北方的报纸，解放奴隶救济局和其他官方文件、私人报告和通信都可以作为下述事实的例证，即“私人的令人发指的残暴行径”“每日都在侵害被解放的黑奴”。国会中充斥着针对黑人的私人不公行为的辩论——例如白人雇主拒付黑人雇工的工资，种植园主私下议定没有前主人的同意不得雇佣解放奴隶，白人居民故意骚扰黑人或者联合起来把黑人驱逐出社区。……

依然存在的问题是，国会在宪法上是否享有实施第1982条意图实施的行为之权力：在财产出售和出租中，禁止一切种族歧视行为，无论是政府的，还是私人的。我们考察的基点是联邦宪法第十三修正案，因为它和国会原先制定的那一宪法性条款——也就是现在的第1982条相联系。第十三修正案包括两款，第一款如下：

“在合众国境内受合众国管辖的任何地方，奴隶制和强制劳役都不得存在，但作为对于依法判罪的人的犯罪的惩罚除外。”

第二款规定：“国会有权以适当立法实施本条。”

正如它的条文所揭示的那样，第十三修正案“不只是禁止企图建立和支持奴隶制的州立法，还是一个绝对的宣言，它宣称奴隶制和非自愿的劳役不应在美国的任何地方存在。”（*Civil Rights Cases*，109 U.S. 3，页20）所以，“对国会通过适当立法实施该条款的授权”毫无疑问包括制定各种“直接的和基本的”法律“调整个人的行为”的权力，“而不论这种行为是否已被州立法所禁止”。（同上，页23）

所以，第1982条调整私人行为——不论这种行为是否被州立法所禁止——的事实没有引发任何宪法问题。如果国会有权依据第十三修正案消除基于黑人的肤色有碍他们黑人购买或租借财产的情形，那么就不能因为联邦立法超越国家行为的领域侵入各州规制私人行为的领域而认定已达致上述目的的联邦立法超越了国会的宪法权力。因此，在本案中，合宪性问题就转化成：国会享有的“通过适当立法实施第十三修正案的权力”是否包括消除动产和不动产取得方面所有的种族歧视的权力？我们认为回答无疑是肯定的。

“根据其自身的效力、结果，”联邦宪法第十三修正案“废除了奴隶制，确立了普遍的自由”（*Civil Rights Cases*，109 U.S. 3，页20）。该修正案自身含义是否仅止与此——这与本案无关，宪法修正案的授权条款（the Enabling Clause of the Amendment）授予国会更多行动自由是不争的事实。因为该条款规定“有权通过必要的和适当的立法，消除在美国存在的各种奴役事件和行为”（标记以示强调）。

那些反对1866年《民权法案》的人争论说，实际上第十三修正案只是授权国会打破黑人奴隶受制于其主人，被其主人所占有的法律枷锁。但是，更早一些时候，反对第十三修正案的许多人则是担心它会给国会在制定保护各州黑人的法律方面带来几乎是无限的权力。而国会中的大多数——即第十三修正案的起草者——确信该修正案的条款会充分预料到以1866年《民权法案》为代表的积极立法。他们的主要发言人，司法委员会主席（the Chairman of Judiciary Committee），伊利诺斯州的参议员特伦布尔（Trumbull），在1864年在参议院提出了支持第十三修正案。在为1866年《民权法案》辩护时，他说，如果对生效条款的限制解释是正确的，那么：

> “在我们这片土地上长期飘荡着的自由之声就是‘无法保证’的，而许诺的自由就只是一个幻想。这不符合提出宪法修正案的国会的意思，也不是修正案本身的恰当含义……我确信根据这一条款………我们可以消除在民权领域针对黑人的所有歧视行为；如果我们不能做到这点，我们的宪法修正案就等于是一句空话，我们制定联邦宪法第十三修正案第二款的目的是消除此类歧视行为，授权国会通过适当立法以实施废除奴隶制的宪法条款。谁有权决定什么样的立法是适当的？是美国的国会，也只有国会在它认为是适宜的时候颁布适当的立法，它才能够实现该修正案的原初目的。”

毫无疑问，特伦布尔参议员是正确的。国会确实有权依据第十三修正案以理性的方式来断定奴隶制的标记是什么以及是否已经出现奴役现象，也有权把这种断定转换成有效的立法。……

如果国会无力保证黑人手中的一美元和白人手中的一美元有同样的购买力，那么，认为第十三修正案许诺一项自由——“来去随意”的自由和“依其意志购买和出售财产”的自由——南北方黑人所得到的只是“一纸空文”。至少，第十三修正案授权国会保护的自由包括买到一个白人能够买到的商品的自由和居住在一个白人能够居住的地方的权利。如果国会不承认作为一个自由人必须至少享有上述权力，那么第十三修正案就是张无法兑现的空头支票。

来自爱荷华州的众议员威尔逊（Wilson）是众议院中 1866 年《民权法案》的提出者。他在主张国会有充分的权力制定正在讨论的法案时，引述了首席大法官马歇尔（Marshall）在 *McCulloch v. Maryland* 一案中的精彩论述……“目标是合法的”，这位议员说，“因为这是宪法本身规定的。目标在于维护自由……享有本法案所列民权的人不能受制于奴隶状态……这就解决了该措施的适当性问题，也解决了它的合宪性问题。”

我们同意上述意见。……

（哈兰（Harlan）和怀特（White）大法官发表了不同意见。）

（汪庆华译　王笑红校）

（五）投票权

19. 斯密思诉澳拉瑞特（*Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 [1944]）

> 1934 年，联邦最高法院一致认定，得克萨斯州民主党有权决定只有白人才能加入该党，其结果是黑人被排除在初选（the primaries）之外。由于决定是民主党单独作出的，最高法院判决

不存在违反第十四修正案的情形（*Grovey v. Townsend*, 295, U.S. 45）。但在1941年，*United States v. Classic* 一案中，最高法院抛弃了 *Grovey* 案的判决，认定国会初选（congressional primaries）是整个选举过程的"有机组成部分"，如果其中涉嫌欺诈，联邦政府就有权介入（313 U. S. 299）。因此，在下面这个再度涉及得克萨斯州初选惯例的案件中，最高法院推翻了 *Grovey* 案的判决。最高法院指出，尽管"限于白人"是一条政党规则，但是国会初选和政党一样在许多地方都受州立法的控制。所以，政党实际上是州的代理机构，而它的歧视行为如同州的歧视行为。

大法官里德（Reed）宣布法院判决如下：

上诉人依据调卷令状在本院提起诉讼，要求对被上诉人请求给付5000元赔偿金的主张予以审查。上诉人是得克萨斯州哈里斯县第四十八选区的黑人选民。被上诉人分别是那个选区的选举官和副选举官（election and associate election judges）。上诉人声称被上诉人拒绝发放选票给他，并不准他参加1940年7月27日举行的初选。这次选举的目的是提名两院议员、州长以及其他州官员的民主党候选人。上诉人说这一拒绝仅仅是因为他的种族和肤色……

得克萨斯州有权自由地依其认为明智的方法，管理选举活动和限制其选民，但它的行为必须受制于美国宪法，也不得与授权联邦政府行使的权力相抵触。第十四修正案禁止州制定或实施任何剥夺美国公民特权和豁免权的法律，而第十五修正案具体详细地规定州不得因公民的种族而拒绝给予或减损其投票权。被上诉人在地区法院和巡回上诉法院中辩称，得克萨斯州民主党是一个自愿组织，联系其成员的共同纽带是，从该团体中选出某些成员作为全国大选候选人，代表其共同政治理念。被上诉人认为，作为一个自愿组织，民主党应当能够自由选择自己的成员并且限定只有白人才能参加政党初选。他在答辩中诉称，这种做法没有违反宪法第十四、十五、十七修正案，因为政府官员不可能从初选中产生，而上述修正案仅适用与实际产生政府官员的大选。据称初选是党派政治事务，其由政党而非政府来处理。在本院，被上诉人没有出庭。作为法庭之友，得克萨斯州总检察长和得克萨斯州民主党执行委员会所持观点，其依据的理由几乎和被上诉人已经提出的理由实际上完全一样……

在 *Grovey v. Townsend* [1935] 案中……本院要解决的是另一项在初级选举中引发的赔偿请求，因为德州的一个执行公务的县级官员，拒绝向一个黑人提供缺席选举人票。拒绝的理由仅仅是上诉人是个黑人……当时最高法院宣布，在初级选举中剥夺投票权仅仅是拒绝某人成为某一政党党员，州对此无需过问……而州如果在大选中以种族或肤色为标准剥夺公民的投票权则是违宪行为。所以，该官员以上诉人所属种族的全体成员都不具备党员资格为由拒绝其投票，并没有否认上诉人受第十四、十五修正案保护的任何权利。

在 *Grovey v. Townsend* 案之后和本案之前，本院未曾审理任何来自得克萨斯州的与初选有关的案件。但是，我们确实对 *United States v. Classic* [1941] 案作出了判决……在该案中，我们认为宪法第一修正案第四款授权国会既要规制大

选，还要规制初选……“法律规定，初选是选举机制的有机组成部分。”

……经由 *Classic* 一案，把初选和大选融进一个一元的选举官员的机制对于是否承认在初选中拒斥黑人是合宪的具有决定意义。这并不是说，*Classic* 案直接切入了 *Grovey v. Townsend* 案的基本原则。这一点并没有体现在 *Grovey v. Townsend* 案的判决中。*Classic* 案对 *Grovey v. Townsend* 案有意义，不是因为选举过程的整合性特征导致把黑人排除出初选或多或少带有州行为的色彩，而是因为对初选在选举过程中地位的承认，揭示了州对政党参加初选资格的授权是对州职能的授权，政党行为因此成了州行为。在书写 *Grovey v. Townsend* 案的判词时，最高法院认为，在初选中对投票的拒绝只是政党对某人党员资格的拒绝……因为路易斯安那州有关初选的法规和得克萨斯州的相似，所以我们需要重新检讨 *Classic* 案中作出的认为选举过程具有整合性特征的判决，以确定把黑人从得克萨斯州政党初选中排除出去是否是州行为。……

我们现在认为，存在以下基本原理，在初选中，候选人的提名不受州行为的歧视，和大选中的投票权一样，它也是受宪法保护的权利……根据第十五修正案的文字表述，各州对上述权利不得因种族加以损害。根据我们的宪法，各州不得因公民的种族剥夺其投票权。……

初选由政党依据州法定授权组织进行。县执行委员会选择选区选举官员，而且州、地区、县执行委员会检查投票结果。这些政党委员会和州的干预认可了，通过官方票数产生的候选人将会竞选大选中的相应职位。未得到这种认可的名字都不能作为政党提出的候选人出现在大选的选票上。未得到适格选民——他们必须宣誓不参加选举官员候选人的初选，提名的目的也就是产生候选人——提名的任何其他名字也不能出现在选票上。……

州法院在竞争性选举和禁止令程序方面享有排它的固有的司法管辖权，以迫使政党官员履行他们的法定义务。……

美国是一个民主宪政国家。它的组织法赋予所有居民以选举官员的权利，而且这种权利不受任何州以种族为由的限制。人民因此而享有的选择机会的权利不会因为州把选举过程确定为下述模式，即允许一个私人组织在选举中实行种族歧视，而成为一纸空文。如果上述权利这样间接地被取消了，宪法权利就会变得一文不值。……

就像本院在 *Grovey v. Townsend* 案中所说的……一个政党党员拥有的特权和州没有任何关系。但是，倘若是本案这种情形，这种权益属于在初选中投票选举大选候选人的重要资格，政党的行为也就会因此而成为州行为。在作出这个结论的时候，我们并未忘却在宪法问题上保持判决一致的优点。但是当本院确信先例有错时，我们就决不会受制于先例。在宪法问题上，正确性依赖于修正案而非一般立法（legislative actions）。本院在其过去的全部历史中已经自由地运用自己的权力，以检视宪法判决的基础。这已作为惯例被接受。而且这种惯例一直延续到今天。被认为是错误的判决是运用宪法原则，而非通过对宪法的解释而提取出的原则本身。这是绝对正确的。与晚近的 *Grovey v. Townsend* 案的判决相反，在本案中，我们运用已经确立的第十五修正案的原则，禁止州损害或剥夺其公民的投票权。我们推翻 *Grovey v. Townsend* 案的判决。……

（汪庆华译　王笑红校）

四、司法保守主义：伯格法院（1969—1986）

（一）第一修正案

1. 巴克力诉瓦里奥案（*Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 [1976]）

不断攀升的现代竞选运动引发了对竞选过程的诚实性的广泛关注。旅行、媒体及广告开支急剧增长（特别是随着电视的应用）。人们担心，是金钱，而不是竞选议题与竞选候选人的品质，将会成为决定性因素。结果，国会于1971年通过了《联邦竞选运动法案》（Federal Elections Campaign Act）以限制竞选捐款和开支，并要求各政治委员会详细记录并披露竞选资金。该法案因各种理由而受到质疑，但主要是认为它侵犯了第一修正案权利。伯格法院的判决反映了法院对“平衡”的依赖：依据第一修正案，法院支持了法案对捐款的要求，但却宣告对开支的要求无效。

首席大法官伯格（Burger）宣布法院判决如下：

在本院，上诉人辩称上诉法院未依据公认的第一修正案及平等保护原则的要求对该立法严肃审查。在上诉人看来，限制为政治目的的金钱使用构成了对交流的限制，这违反了第一修正案，因为现代环境下所有有意义的政治交流都涉及金钱开支。并且，他们还辩称该法案关于“报告与披露”条款违反宪法，侵犯了他们的结社自由权。上诉人还认为该法案中的第H小节的有关联邦津贴的规定违反了“普遍福利条款”（the General Welfare Clause）[①]，并与第一及第五修正案不相符。最后，上诉人再度对该委员会的组成及权力进行攻击……

一、捐款与开支限制

国会通过的这个规制联邦竞选运动的复杂的制定法包括对政治捐款及开支的限制，并且这种限制适用于选举的所有阶段及所有参与者。该法案中对捐款及开支的主要限制是禁止个人在一年中的捐款超过25000美元，或者在一个竞选运动中向一个竞选候选人捐款超过1000美元，并禁止个人在一年中“与某个清楚确定的候选人相关的”开支超过1000美元。其他条款则对竞选候选人在竞选中对个人及家庭资源的运用进行了限制，并限制了竞选候选人在竞选联邦职位时的总开支。

国会有规制联邦竞选的宪法权力，这是确定无疑的，本案中的任何一方均

① 即美国宪法第1条第8款第1项（Art. I, Sec. 8, Cl.1）。该条款规定国会为了合众国的普遍福利可以征税及偿还债务。——译者注。

未对它提出质疑。因此，这里提出的关键性的宪法问题并不是国会对这一领域立法的基本权力，而是国会通过的特定立法是否侵犯了第一修正案规定的自由或者违背了第五修正案而对非在任候选人有不公歧视。

A. 一般原则

该法案的捐款与开支限制，适用于大部分最基本的第一修正案活动所在的领域。讨论公共问题及对候选人资格的辩论，对我们的宪法建立的政府体系的运作来说，是不可或缺的。第一修正案对这种政治表达提供了最为广泛的保护，以“确保思想自由交流以实现人民所渴望的政治及社会变革”（*Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484 [1957]）。……

第一修正案在保护政治结社的同时也保护政治表达。在 *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449, 460 [1958] 案中详细阐述的结社的宪法权利，来自于本院“对公共及私人观点——特别是那些有争议的观点——的有效辩护，将毫无疑问因群体结社而得到更进一步的促进”……

以该法案中的有关捐款及开支限制的规定只是对行为而不是对言论进行规制为据，而维持这些规定的宪法效力时，上诉法院依据的是 *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 [1968] 案。……

我们不能同意认为眼前的这部法案的捐款及开支限制可以和 O'Brien 案中得到维持的行为限制等量齐观。金钱开支是不能简单地与毁坏征兵证相提并论的。通过给付或者花销金钱而得以实现的某些形式的交流只涉及言论，而有些则主要涉及行为，有些二者都涉及了。本院从未表明交流对金钱开支的依赖本身就会引入非言论因素（nonspeech element）或者放松第一修正案所要求的严格审查。……

限制一个人或者一个团体在竞选中花费在政治交流上的金钱数量，必将限制表达的数量，因为这限制了被讨论的问题的数量、讨论的深度及所能达到的观众规模。这是因为在当今的大众社会中，交流思想的任何方式事实上都要求金钱开支。散发最简单的传单都会发生印刷、纸张及发行成本。演说及集会总是要租借一个礼堂并公开宣传这一事项。选民为获得新闻及信息而对电视、广播及其他大众传媒的日益依赖，使得这些昂贵的交流模式成为有效政治演说的不可或缺的工具。

该法案所包含的开支限制实质性地而非只是在理论上限制了政治演说的数量及多样性。……

与限制为政治表达而为的开支相对照的是，限制个人或团体对某个候选人或者政治委员会捐款的数目只对捐款者参与自由交流的能力带来微小的限制。……因此限制一个人捐款给某个候选人或竞选组织的金钱数目，几乎未限制他的政治交流，因为这种限制允许通过捐款以象征性表达支持，但并没有在任何意义上侵犯捐款人讨论候选人及竞选议题的自由。尽管捐款，若候选人或者某个组织向选民表达观点时花费了这些捐款，会带来政治表达，从捐款到政治辩论的转化中涉及的是他人的而非捐款者的演说。……

但是，并没有任何迹象表明该法案规定的捐款限制会给竞选及政治结社的资金筹集带来重大负面影响。该法案的最高捐款限额（contribution ceilings）的总体效果只是要求候选人及政治委员会从更多的人那里筹集资金，并促使那

些本会捐款超过该制定法限额的资金数目的人把这些资金用于直接政治表达、而不是试图减少能促进政治表达的可能获得的金钱总数。

该法案的捐款及开支限制也侵犯了受保护的结社自由。捐款，就像加人一个政党一样，将一个人与某个候选人联系在一起。此外，它还使志趣相投的人汇集他们的资源以更好实现他们共同的政治目标。因此该法案的最高捐款限额限制了与某个候选人或委员会联合的一个重要手段，但是却让捐款者可以自由地成为任何政治社团的成员，并亲自为该社团、候选人所作的努力助一臂之力。并且该法案的捐款限制允许各种社团及候选人聚集大量金钱以有效推动竞选宣传。相反，该法案将“与某个清楚确定的候选人相关的”独立开支限制在1000美元，却使大多数社团无法有效地增强它们的追随者的声音，而增强这些追随者的声音恰恰是承认第一修正案结社自由保护的根本基础。见 *NAACP v. Alabama* 案……

总之，尽管该法案的捐款限制和支出限制都牵扯到第一修正案利益，但是，该法案规定的支出上限对受保护的政治表达和结社自由所施加的限制，显然要比其规定的金钱捐赠限制对该自由所施加的限制为甚。

B. 捐款限制

正如在前面部分的一般讨论表明的，该法案规定的捐款限制所引发的主要的第一修正案问题是捐款限额限制了捐款者政治结社自由的一个方面。……根据结社权的最根本性质，政府“行为若会产生限制结社自由的效果，那么就必须对之进行最严格的审查。” *NAACP v. Alabama* 案（同前，页 460—461）。但是，同样清楚的是，“不论是结社权还是参与政治活动权都不是绝对的。”见 *CSC v. Letter Carriers*, 413 U.S. 548 [1973] 案。即使一个“对受保护的政治结社权利的‘重大侵犯’”也可能获得支持，只要该州能证明存在一个足够重要的利益，并采取了严格制定的措施防止对结社自由的不必要侵犯。……

不必对该法案的主要目的（遏制大额个人资金捐献已经带来的及可能带来的腐败）以外的东西进行考察，就可以为1000美元的捐款限制找到充分的宪法正当性。在一个以私人资金来支持竞选的体制下，缺乏大量个人或家庭财富的候选人，只能依赖他人的资金捐献以获得必要的资源来开展一个成功的竞选运动。通讯媒体、繁复的群发邮递及民意测验对有效竞选运动越来越重要，筹集大量金钱前所未有地日益成为一个候选人具有竞争力的一个根本因素。就提供大额捐款是为了从现任或者未来的官员处获得一个政治交易这一点而言，我们代议民主制的诚实性就遭到了破坏。尽管无法确切地断定此种危险的实践的范围，但1972年大选以后浮现的令人深感不安的例子足以说明这个问题并非是虚构出来的。

与交易安排的现实危险同样引人关注的是：腐败出现的冲击，这种冲击源自公众意识到大额个人资金捐献制度中存在固有的权力滥用机会。……

上诉人声称必须宣布捐款限制无效，因为贿赂法律及精心制定的披露要求已经成为处理“经证实的交易安排或者交易安排嫌疑”的一个宽松一点的手段。但是规定行贿、受贿为犯罪的法律，仅仅处理了那些试图以金钱影响政府行为的人的最为无耻的特定企图。尽管披露要求能实现本判决中其他地方讨论过的许多有益目的，国会肯定有权认为披露要求只不过是一种部分措施，有必

要采取最高捐款限额这个必要的立法辅助措施以处理一个允许无限资金捐献的制度所固有的腐败现象——即便捐款者的身份及他们的捐款数额都已完全披露。

该法案的1000美元捐款限制完全是针对大额竞选捐款的问题（这只不过是已发生腐败或者可能发生腐败的政治结社的一个很小的方面），但同时却让个人能自由地参与独立政治表达，通过自愿提供服务而积极结社，并在一个有限但却实质性的范围内以资金资源支持候选人和委员会。值得注意的是，该法案的捐款限制本身，并未在任何实质性意义上削弱个体公民、组织、新闻界、候选人及政党对候选人及竞选议题进行活跃而有效的讨论的可能性。

我们发现，根据我们先前的判决确立的严格审查标准，限制向政治候选人的捐献的资金规模的规定所能实现的重大利益，足以为1000美元的最高捐款限额给第一修正案自由带来的有限影响提供正当性。……

该法案的第608(e)(1)条规定："任何人在一个日历年度内与一个清楚确定的候选人相关的……开支，当加上此人在这年中为号召选举或者挫败这个候选人而花费的所有其他费用之后，不得超过1000美元。"该条款的规定很明显是要禁止所有个人（候选人及新闻机构的所有者除外）及团体（政党及竞选组织除外），以在一个日历年度内总花费超过1000美元的方式，表达他们与"某个清楚确定的候选人相关的"观点。这个规定，例如，可能会使某个人或社团在某个大的都市报纸上为"某个清楚确定的候选人"刊登一则广告的行为构成一个联邦刑事犯罪。……

我们发现，政府在防止腐败及腐败出现上所享有的利益并不能为该条款规定的独立开支的最高限额提供充分的正当性。首先，假定可以争辩说大额独立开支像大额捐款一样会导致实际的或明显的交易安排出现的危险，该条款并未提出一个足以和消除那些危险联系起来的解决方案。与对给予候选人大量金钱的捐款总额限制不同，该条款仅防止了部分大额开支。只要个人及社团避免明确号召选举或者挫败某个候选人的开支，他们就可以随意花费金钱以推销他们的候选人及他的观点。只要严格解释该制定法的语言以避免因语言含糊而导致不符合宪法的要求，就会削弱这一限制作为一个堵塞漏洞的规定的效果，因为它促使那些企图对某个候选人或官员施加不正当影响人或组织进行规避。认为那些渴望购买影响的个人或组织，会在规避明确号召选举或挫败某个候选人的开支限制及发明最终有益于候选人的竞选运动的开支上面临巨大困难，真是天真无邪地低估了他们的足智多谋。并且，一个设计来抑制腐败（腐败使那些寡廉鲜耻的个人及组织，为获得对选举职位候选人的不正当影响而花费无限金钱）、堵塞漏洞的规定，并不能带来任何实质性社会利益。……

因此，独立开支最高限额就未在遏制选举进程中的腐败现象上带来任何实质性政府利益，同时，它还严重侵害了作为第一修正案的核心的表达自由。因为"……对所有公共制度表达自己的想法"的第一修正案权利，包括参与"不亚于'抽象讨论'的'强力宣扬'"的权利。见 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 269 案中对 *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 270 [1941] 案的引用……第一修正案对号召选举或挫败竞选联邦职位的候选人的保护，并不比第一修正案对政治政策的一般讨论或号召通过或挫败某个立法的保护更弱。

然而，有人辩称，均衡个人及团体影响选举结果的相对能力的附属性政府利益（ancillary governmental interest），足以为第 608（e)(1)条通过最高开支限额对明确号召选举或挫败候选人进行限制提供正当性。但是这种观念，即政府可以限制对我们这个社会的某些要素发表言论的观念，和第一修正案水火不容——第一修正案的原意是要确保“来源于多样甚至相互敌对的源头的信息能尽可能得到最为广泛的传播”，并“‘确保思想自由交流以实现人民所渴望的政治及社会变革。’”见 *New York Times Co. v. Sullivan* 一案（同前，见页 266，269）对 *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 20 [1945] 案的引用。……

对候选人本人为自己花费的个人开支的最高额限制，如第 608（e)(1)条中包括的对独立开支的限制一样，实质性地限制了个人参与第一修正案保护的表达活动的能力。候选人，和其他任何人都一样，有参与讨论公共议题及强劲地、不知疲倦地号召选举他自己和选举其他候选人的第一修正案权利。确实，这具有极端的重要性：候选人有不受限制的机会使他们的观点被了解，以使选民能在选举日选举某个候选人之前，明智地评价候选人的个人能力及他们对重要公共议题的观点。……

该法案带来的主要政府利益——防止政治进程中现实而明显的腐败——不能支持对候选人开支他自己的资金的限制。……的确，使用个人资金减少了候选人对外来捐款的依赖，并因此抵消了该法案指向的强大压力及随之而来的权力滥用的危险。

因此，均衡竞争选举职位的候选人的相关资金资源的附属性利益，就成为……最高开支限额的惟一相关理由。这个利益很显然不足以证明该规定侵犯第一修正案基本权利的正当性。首先，这个限制无法促进各候选人之间的资金平等。一个在他的竞选运动上花费较少个人资源的候选人，可能因更为成功的资金筹集努力而最终使他的资金花费超过对手。的确，一个候选人的个人财富可能阻碍他说服他人，他需要他们的资金捐献或者他们的自愿努力，以有效开展竞选运动。其次，且更为根本的是，第一修正案不能容忍……对候选人不受立法限制的、为自己的竞选进行辩护的自由进行限制。因此，我们认为……对候选人的个人开支进行限制是违宪的。……

总之，该法案第 608（b)(1)条规定的对单个候选人捐款的1000 美元限制，第608(b)(2)条规定的一个政治性组织向单个候选人的捐款的5000 美元限制，及第608(b)(3)条规定的个人在任一日历年度内向单个候选人的总捐款额的25000 美元限制，在宪法上都是有效的。这些限制，与披露规定一道，构成了该法案防止因候选人对大额竞选捐款的依赖而导致的不正当影响的主要武器。最高捐款限额就因此实现了政府的基本利益：保护选举进程的诚实性，却未直接侵犯个体公民与候选人参与政治辩论及讨论的权利。相反，第一修正案要求宣布该法案最高独立开支限额（§608(e)(1)）、该法案对候选人自有个人资金开支的限制（§608(a)），及该法案规定的总体竞选开支最高限额（§608(c)）无效。这些规定对候选人、公民及社团参与受宪法保护的政治表达的能力施加了实质性的且直接的限制，而这种限制是为第一修正案所不容的。

二、报告及披露要求

A. 一般原则

与对捐款及开支的总额限制不同，披露要求未对与竞选相关的活动施加任何限制。但是我们已不止一次发现，强制披露本身，就可严重侵犯第一修正案保障的结社及信仰隐私。……

我们很早就已确认，此类由强制披露造成的对第一修正案权利的重大侵犯，不能仅凭表明存在某个合法政府利益就获得了正当性。自从 *NAACP v. Alabama* 案以后，我们就要求州的次要利益必须经得起严格的审查……

披露要求所维护的政府利益的重要性就是如此。这些政府利益可以分成三类。首先，披露提供给选民有关"政治竞选金钱来自何处而候选人又是如何花费这些金钱的"的信息，这有助于投票人评估那些竞选联邦职位的人。与先前仅凭政党标签与竞选演说相比，它能使投票人更精确地把握每一个候选人在政界的位置。候选人的财政支持的来源还能提醒投票人一个候选人最可能响应何种利益，这样就有助于他们预测该候选人未来在位时的表现。

其次，通过向公众披露大额捐款与开支，披露要求威慑了实际的腐败并防止了腐败的出现。……

第三，这并非是最不重要的，记录、报告与披露要求是收集查明违反上面所描述的捐款限制的必要资料的一个基本手段。

披露要求，总体上来说，直接促进了实质性政府利益。在决定这些利益是否足以证明披露要求的正当性的时候，我们必须查明披露要求给个人权利带来的负担的程度。

毫无疑问，公开披露向候选人与政党的捐款确实能阻止一些原本会捐款的人进行捐款。在一些情况下，披露甚至可能使捐款者遭受骚扰或者报复。对个人权利来说，这些问题并非无关紧要的负担，我们必须仔细权衡这些负担与国会试图以这个立法促进的利益。在这个过程中，我们注意到并且同意上诉人承认的这一点：可以肯定，在其适用的大多数情况下，披露要求是一种抑制竞选信息缺乏与腐败弊病（国会认定存在此种弊病）的最不具限制性的手段。然而，上诉人辩称，当要求某些政党及候选人的捐款者进行披露的时候，天平却向不利于此种披露要求的另一边倾斜。现在就让我们来讨论这一论辩。

B. 对小政党及无党派人士的适用

……上诉人同意"有关记录并未表明本案中存在 NAACP 案中那样的对捐款者与成员的集中而持续的困扰"。然而，他们还是辩称，完全免除小政党进行此种披露是必要的，以免在收集到必要的证据之前，就已造成了无可挽回的伤害。……

我们承认过度严格的证据要求会造成一种沉重的负担。但这并不必然表明对小政党完全免除披露要求是必要的。我们必须允许小政党在提供伤害证据上享有充分的灵活性，以确保他们的主张能得到公正的考虑。……

存在这样的证据，在 NAACP 案中认定的那种类型的不寒而栗之感与骚扰就能被证明出来。我们不认为法院会对在未来的案件中所作的类似举证无动于

衷。因此，我们的结论是对小政党完全免除此种披露要求是没有必要的。……

总之，我们认定该法案在记录、报告及披露要求上不存在任何宪法上的弱点。

（邓海平译 史大晓校）

2. 弗吉尼亚州医药委员会诉弗吉尼亚公民消费者委员会（*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 [1976]）

20世纪六七十年代的第一修正案的言论自由问题来自于许多因素，就如象征性言论、政治抗议以及有关色情的案件所体现的那样。最高法院1975年度的开庭期开创一个全新的领域，该领域的开创将带来潜在的重大经济后果。在下面这个案件中，全体法官几乎一致裁定"商业言论"受第一修正案与第十四修正案的保护。弗吉尼亚州消费者委员会对州的一个制定法提出挑战，该制定法禁止获得执照的药商宣传处方药品的价格。法院宣布该制定法无效，认为个体消费者与整个社会在商业信息无阻碍流动上享有至关重要的利益，这种利益在某些方面类似于社会在政治演说与政治信息的公开交流场所上所享有的利益。法院的判决引发人们推测类似的在公共和私人组织方面的某些广告禁止，比如禁止律师与医生做广告，可能也是违宪的，但判决结果决不是如此肯定。在本案判决的结尾处，法院拒绝就"其他职业"发表任何意见，并补充说各行业之间的差异"要求考虑相当不同的因素"。第二年，法院宣布禁止律师做广告的规定无效，但又补充说各州还是可以规定某些限制（*Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 [1977]）。

大法官布莱克曼（Blackman）宣布法院判决如下：

我们现在面临的……对该制定法的攻击，并非是直接受制于该禁令的药商作出的，而是那些处方药品的消费者作出的。这些消费者宣称，如果该禁令被取消且允许自由做广告的话，他们将极大受益。原告是两个非赢利组织和一个弗吉尼亚州居民，该居民患有疾病，这些疾病要求她每天都服用处方药品。他们主张，第一修正案赋予了处方药品用户的权利，获得药商希望通过广告及其他促销手段告诉他们的这些处方药品的价格。

显然这样的信息是有价值的。弗吉尼亚州的药品价格，不论是处方药品还是非处方药品，不同商店之间的价格差别极大，即使在同一地区也是如此。例如，据称在里士满，"40片四环素药片的价格从2.59美元到6.00美元不等，最

大相差达 140%（原文如此）"，而在纽斯汉普顿新港（Newport News-Hampton）地区，四环素的价格从 1.20 美元到 9.00 美元不等，最大相差达 650%。……

这里……"商业言论"是否是第一修正案的例外的问题被直截了当地摆在了我们面前。我们的药商不希望对任何文化的、哲学的或者政治的问题发表任何意见。他不想报告任何有新闻价值的特定信息，或者对商业事务发表任何一般看法。他想传达的"意思"非常简单："我以 Y 价格卖给你 X 处方药品。"这样，我们的问题就是，这种信息传达是否完全处在第一修正案的保护之外。

首先我们将从几个已经确立的或者没有什么大争议的主张开始。例如，非常明显的是，言论并不因是靠金钱才得以阐发的就失去了第一修正案的保护，正如在这种或那种形式的付费广告中那样。……同样的，即使言论是以"出卖"获利的形式被刊登的，……并且，即使言论诱使人们购买或以其他方式支付或捐献金钱，它也受到保护。……

如果有哪种商业言论不能得到任何第一修正案保护，那么，它在内容上必须是与众不同的。但一个言论失去保护并不能仅因它的内容是针对某个商业主题的。没有人会主张，应不让我们的药商就一般情况下，是否应当管理药价或禁止他们做广告的问题而获得听审。一个商业广告是未经编辑的，它表达的仅是一个事实这一点，也不是具有决定意义的。有关公共利益的纯粹的事实问题应当得到保护。……

我们的问题是：是否"仅提议进行商业交易的"言论……不属任何"思想表达"的范围……且亦不属"'能将自由情感加诸政府管理的真理、科学、道德及艺术'"的范围……并因此而不受任何保护？我们的回答是：并非如此。

首先让我们来考察商业广告所提议的交易的各方当事人。我们可以断定刊登广告者的利益纯粹是一个经济利益，但这并不能使刊登广告者失去第一修正案的保护。劳动争议中的争议各方的利益主要也是经济利益，但当雇员与雇主根据争议的是非曲直发表他们的观点以影响争议的结果的时候，双方都受第一修正案的保护，这在很早以前就是确定了的。……为利用第一修正案的保护，劳动争议各方不需要就工联主义的是非发表他们的一般看法，或者就他们眼前争议以外的任何问题发表意见。……

概而言之，社会也在商业信息的自由流动上享有一个重大利益。即使一个单独的广告，尽管它完全是"商业性的"，也可能有利于一般公共利益。已判决案件的事实提供了例证：说能提供合法堕胎的咨询服务的广告……，一个人造皮革的制造商为促销他的产品而宣称他的产品可以避免他的竞争者灭绝毛皮动物的广告，还有，一个国内生产商以他的产品可替代那些会使美国人失去工作的进口商品而广告他的产品。……显然，并非所有的商业信息都包含了相同的、甚或非常重大的公共利益因素。但是，很少有商业信息会缺乏这个因素。我们的药商，例如，可以评论各个药店之间的药价的差别，并提供他自己及其竞争者的药价作为证据。我们看不出要求他这样做有什么意义，而他不这样做又会有什么不同。

此外，我们还应考虑到，根本就无法划清公共"有利的"或"重要的"商业广告及与此相反的广告之间的界线。广告，尽管有时格调太差或者过度，还是传播了这样的信息：谁在因什么样的原因、以什么样的价格生产并出售什么样的产品。只要我们想保持自由企业经济的主导地位，我们的资源的分配，在

很大程度上就必须通过无数的私人经济决策来实现。而保证那些决策在总体上是明智的并且是在信息良好的情况下作出的，就是一个公共利益的问题。为了实现这个目标，商业信息的自由流动是不可或缺的。……且如果它对于在一个自由企业制度中的资源分配是不可或缺的，那么它对于形成应如何管理与调整该制度的明智观念也是不可或缺的。因此，即使第一修正案被认为主要是在一个民主国家中推动公共决策的一个工具，我们也不能说信息的自由流动无助于实现这个目标。……

人们似乎害怕，如果允许那些想提供低价格及（据说是）低质量的服务的药商做广告，那么就会有许多不明智的消费者接受他的服务。消费者就会选择低价格、低质量的服务，从而使得那些“专业”药商歇业大吉。他们还只会对高昂的、过度的广告趋之若鹜，而以支付那个价款而告终。他们还将循着折扣，走马灯似的从一个药商转向另一个药商，最终摧毁药商与客户的关系。他们还会因这个职业做广告而不再尊重这个职业。所有这一切并非是他们的最大利益所在，并且只要不让消费者知道谁以什么样的价格收费，这一切都可以避免。

当然存在一个分析方法可替代此种高度家长式的分析方法。这个替代分析方法是：假定信息本身是无害的，人们只要消息灵通就会判断什么才是他们自己的最大利益所在，并且实现这一目标的最佳方式就是敞开而不是关闭交流渠道。而若这些渠道确确实实是敞开的，没有任何东西能阻止“专业”药商营销他自己的据说是更优质的产品，并与那些以低价格出售大量处方药品的零售商形成对照。但是如何对这些替代方法间作出抉择，不应由我们来决定，也不应由弗吉尼亚州议会来决定。第一修正案已为我们作出的正是这种选择——在压制信息的危险与如果信息可自由获得而导致信息被滥用的危险之间的选择。弗吉尼亚州可以自由地规定任何它希望它的药商遵守的职业标准，它可以补贴他们或者通过别的方式保护他们免于竞争。……但是弗吉尼亚州这样做时，却不可以使消费者对相互竞争的药商开出来的完全合法的价格一无所知。在这个意义上，弗吉尼亚州为其压制处方药品价格信息流动而提出的理由，离说服我们这种信息流动不受第一修正案保护还相去甚远，相反，这些理由使我们更坚信这种信息流动是受第一修正案保护的。这就是我们的观点。

在判定商业言论像其他言论一样受保护时，我们当然不认为不能以任何方式规制商业言论。某些形式的商业言论规制是完全可以的。我们提及一些商业言论规制形式，仅是为了说明这些被许可的商业言论规制因不为本案所涉及，因此就不为本案判决所排斥。

例如，没有人认为禁止处方药品价格广告只是一个时间、地点与方式上的限制。我们一向就认可这几种限制，只要能证明：这些限制不是基于涉及被规制言论的内容而作出的，它们有利于某个重大政府利益，并且它们还留下了交流该信息的充足的替代渠道。……不论对商业言论的时间、地点与方式的限制的适当界限为何，弗吉尼亚州的这个制定法很明显都超越了这些界限——它只选择具有某种特定内容的言论并且试图完全阻止这种言论的传播。……

很明显，许多商业言论是无法证明为是虚假的甚或是完全虚假的，但能证明它们是欺骗性的或者误导性的。我们看不出一州在有效处理这个问题上会遇到什么障碍。第一修正案，如我们今天所解释的，并不禁止该州确保商业信息干净而自由地流动。……

有争论的问题是，一州是否可以因害怕信息对传播者与接受者的影响，而完全禁止有关完全合法的活动的信息，而这些信息的真实性也是不容置疑的。在其他问题上作出保留的同时，我们判定对这个问题的回答是否定的。……

（邓海平译　史大晓校）

3. 纽约时报公司诉合众国（*New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 [1971]）

本案涉及《纽约时报》和《华盛顿邮报》对所谓“五角大楼文件”敏感的披露。它从另一个方面拨动了紧绷在确定国家安全和保证《权利法案》之间的弦。在报纸开始连载这些文件后——这些文件被堂而皇之的冠名为“美国对越政策决策过程史”——政府成功地禁止在纽约时报继续出版，在上诉中，最高法院允许在听取言辞辩论时禁令暂时有效，几天之内，法院在一份所有法官都参加的判决意见中裁定，政府尚未满足“其承担的重大举证责任以表明这样一个事前限制有正当性”的条件，于是这个命令就被解除了。雨果·布莱克（Hugo Black）法官在一份单独意见中很强硬地重复了他那著名的关于第一修正案的观点，批评了他的同事们竟然允许那份禁令——也就是一种事前限制——生效。首席大法官沃伦·伯格（Warren Burger）作为三个持不同意见者中的一员，谴责了该诉讼程序的仓促，他清楚地表明对国家安全的考虑能够削弱出版自由的绝对主义观点。伯格还指出了他与拜伦·怀特（Byron White）法官的意见相同，怀特法官同意多数意见，他认为政府可以根据有关偷窃资料的普通刑事法案提起公诉。

大法官布莱克（Black）和大法官道格拉斯（Douglas）同意法庭意见：

我坚持认为，在这些案件第一次送到本院时，毋须经过言辞辩论就应该驳回政府对《华盛顿邮报》的指控，对《纽约时报》不利的禁令也应该是无效的。我认为这些针对报纸的禁令持续的每一个时刻，都是毫无疑问在明目张胆地继续违反第一修正案……我的一些同事很明显地愿意持这样一种见解，新闻的出版在某些时候是可以被禁止的，在我看来，这实属不幸。这样的一种观点会使第一修正案完全崩溃。……

现在，自合众国创立至今的182年的历史中，联邦法院第一次被要求坚持这样一种观点，即第一修正案并非意指它所说的内容，而是意指政府能阻止一些对这个国家的人民非常重要的时事新闻的出版。

在寻求不利于这些报纸的禁令以及向本院提出诉讼时，行政部门似乎已经忘记了第一修正案的核心目的和它的历史。在宪法通过时，许多人因为它没有

包含保障某些基本自由的《权利法案》而十分激烈的反对它。他们尤其担心授予中央政府新的权力有可能被解释成允许政府限制宗教自由、出版自由、集会自由和言论自由等等。……《权利法案》将最初的宪法变成一个根据它任何政府部门不得限制人民的出版、言论、宗教和集会自由的新宪章。然而，首席检察官辩称，本院的一些成员看起来也同意，写进最初的宪法中的政府的一般权力，应被解释成限制和限定了后来才通过的《权利法案》中包含的具体而着重强调的各样保障。我想象不出来还有比这种解释更大的对历史的歪曲了。麦迪逊（Madison）和其他第一修正案的制定者——他们都是有才华的人——用他们真切地认为永不可能被人误解的语词写下了这样一段话："国会不得制定剥夺出版……自由的法律……。"无论就其历史还是就其文字来说，第一修正案都支持这样一种观点，即必须给出版界留出不受审查、禁令或者事前限制的出版新闻的自由，而不论这些新闻的来源如何。

在第一修正案中，开国国父们给自由的出版界予以保护，它必须在我们的民主政治中扮演核心角色。出版界服务于被统治者，而不是服务于统治者。政府审查出版的权力早已被废除，这样出版界才能永远自由地批评政府。出版界受到这样的保护，它才能披露政府的秘密使人民知晓。只有一个自由的不受限制的出版界才能有效地揭露政府中的欺骗。一个自由的出版界在其担负的责任中，首要的是阻止任何政府部门欺骗人民的义务及阻止任何政府部门将人民送到很远的地方而死于外国的瘟疫、子弹和炮弹之下的义务。在我看来，《纽约时报》、《华盛顿邮报》和其他报纸非但不应该因其勇敢的报道受到惩罚，相反，他们应该因服务于国父们已经清楚看到了的目的而受到奖励和表扬。披露了导致越南战争的政府文件，报纸很明显地仅仅是做了国父们希望他们做并且相信他们会做的事情而已。

政府此处的案由所依据的前提与指导第一修正案的制定者们的前提截然不同。首席检察官已经谨慎地强调道：

> "现在，法官先生，您对第一修正案的解释是众所周知的，我当然也尊重它。您说不得制定限制言论自由的法律，就是不能制定。这应该是一清二楚的。我只能说，法官先生，对我来讲'不得制定这样的法律'并不意味着'不得制定所有这样的法律'，同样也是清楚明了的，我将会努力说服最高法院，让你们认为这是正确的……宪法中还有其他部分将权力授予并将责任赋予了行政机关，……第一修正案并不试图使行政机关无法运作，或者使之无法保护美国的安全。"

政府在它的答辩状中还辩称尽管有第一修正案，"行政部门以反对出版如若被披露则会危及国家安全的信息的方式，来保护国家的职责根植于两个相关连的渊源：总统管理对外事务的宪法权力和他作为三军总司令的职责"。

换句话说，我们被要求赞同如下观点，即尽管有第一修正案中显而易见的规定，行政部门、国会和司法部门还是能够以"国家安全"为名制定法律、禁止时事新闻的出版并剥夺出版自由。政府甚至试图不依赖于任何国会的法律。它反而提出了这个大胆且极具危险性的宽泛主张：法院应该自觉地"制定"一个以衡平法、总统权力和国家安全为名义剥夺出版自由的法律，即使国会中的

人民代表坚持第一修正案的规定而拒绝制定这样一个法律。……诉诸法院以发现总统具有暂停新闻出版的“天然权力”，这会摧毁第一修正案，并且会破坏恰恰是政府希望“保障”的人民最基本的自由与安全。在读第一修正案通过的历史时，没有人不会毫无疑问地确信，在这里试图寻求的那类禁令，是麦迪逊（Madison）和他的同事们试图宣布在这个国家中永是非法的那些禁令。

“安全”一词是一个宽泛而模糊的笼统表述，不应当用它的轮廓来废止体现在第一修正案中的基本法。以信息流通的代议制政府为代价来保守军事和外交秘密并没有给我们的合众国提供真正的安全。第一修正案的制定者，在充分认识到了既需要保卫一个新国家又要防止英国和殖民地政府滥用权力之后，他们试图通过规定不得剥夺言论、出版、宗教和集会自由，从而给予这个新生社会以力量和安全。……

*　　　　*　　　　*

首席大法官伯格（Burger）持异议。

在这些案件中，一个自由的不受约束的出版界的紧迫必要性和另外一种紧迫必要性发生了冲突，这另外一种紧迫必要性就是一个复杂的现代政府需要有效运作，尤其是行政部门某些宪法权力需要有效率的实施。只有把第一修正案在所有场合下都看作是一条绝对的（我尊重这种看法，但我不会去用它）那些人，才能觉得这类案件是简单的或者是容易的。

从另外一个且是更直接的理由来看，这些案件绝不是简单的。我们不知道这些案件的事实。没有一个地区法院法官知道全部事实。没有一个上诉法院法官知道全部事实。本院中也没有一个成员知道全部事实。

我们为什么采取这样一种态度：只有那些认为在任何情况和理由下，第一修正案都是绝对的、且不受限制的法官才真正处于作出判决的合适位置之上呢？

我认为我们之所以采取这种态度，是因为这些案件已受到了不当的草率对待。……

此外，这里的这种不合理的草率在很大程度上应归因于《时报》从得到被窃的文件之日起的行动方式。现在看起来这再清楚不过了：这种草率阻碍了对这些案件进行合理的、深思熟虑的司法审判，并且这种草率也是没有正当理由的。本院终止审理这些未决的案件，这一轻率的举动不是司法活动的应有之意，司法活动就是应该参与到重大争议的解决之中。……

如此重要的一个争议理应在一个有益于思考和反思的司法氛围中得到审判和听证，尤其是当根据《时报》自己选择推迟出版[①]的那段很长的时期来看，就时间而言。草率是毫无正当理由的时候。

---

① 别的地方已经指出，《时报》在几个月的时间里分析了47卷政府文件，并且保密程序是政府可能都会嫉妒。这种保密性对于保护一个单位免受其他单位的干扰当然是必要的。同时，《时报》还对它使用的材料拥有了著作权，并且在言辞辩论中还强调指出：《时报》是为了试图禁止任何其他出版商侵犯其版权而使用这些材料的。不无讽刺的是，这样将会给它提供一种保护，此种保护类似于对所有其他出版商进行事前限制——此种保护就是《时报》能拒绝合众国政府的那种保护。

《时报》已经拥有未经授权的政府文件长达三四个月了，这是没有争论的，在这段时间里《时报》已经让它的分析专家研究这些材料，据说是为了节选这些文件并且为其出版作出准备。在所有的这段时间中，《时报》据称这是在它作为公众知情权的托管人的职能范围之内，已经由于它认为适当的目的而暂停这些材料的出版，这样公众知悉的时间就被拖延了。这个理由确实不错。对从汗牛充栋的原始材料中选出长达 7000 页的复杂的材料进行分析，不可避免地要花费一些时间，写出一些好的新闻故事也需要时间。但是，为什么美国政府——这些信息是某人非法从它那里取得的——以及所有的律师、初审法官和上诉法官被置于不必要的压力之下呢？在这几个月的耽搁之后，所声称的知情权不知怎么样又在突然间变成了一项必须立即维护的权利。

既然报纸能够预测政府会反对披露这些秘密材料，那么给政府一个机会，让它来审查整个选材以决定是否同意出版，难道这有什么不合情理吗？……对我来说，被长期看作是美国生活中的一个重要机制的报纸，会不履行每一公民在发现拥有盗窃的财产或政府的秘密文件时都会履行的最基本、最简单的义务，这很难让人相信。那种义务，我认为（或许有点天真），是立刻向负有相关责任的政府官员报告。出租车司机、法官和《纽约时报》都负有这种义务。《时报》的做法，无论是否是经过精心计算的，将对这些争议进行有序诉讼的任何可能性排除了。如果迄今为止法官的行为一直是正确的话，那么这种结果全然是一个巧合[①]。

在《时报》一案中，在最终判决之前，我们同意签署调案令状，导致中断了地区法院的审判，那时，地区法院还未能根据第二巡回区的上诉法院的命令作出完整的记录。

所有这一系列令人悲伤的事件的结果，是我们根本不知道我们根据什么在行动。……

我会同意第二巡回区的上诉法院，允许地区法院完成被我们的调卷令中断的审判。……我会命令地区法院按照要求，在该法院所有其他的事务之前优先审理时报案，但是我不会设定一个武断的期限。

我要补充一点，我总体上同意大法官怀特先生所做的很多论述，关于对传播和持有关系到国防安全的文件或信息的行为进行惩罚性制裁。

我们都渴望一个更快的司法程序，但当法官受到这些案件中的如此压力时，结果却导致司法功能的恶劣歪曲。

（史大晓译　邓海平校）

① 有趣的是，《时报》解释它拒绝允许政府检查它自己拥有的盗窃来的文件时说，实质上，这可能危及它的来源和提供消息的人。《时报》在否认美国政府有那种权力时，却主张有保证来源的秘密的权利。

4.《记录》诉马萨诸塞州、金兹伯格诉合众国、密斯金诉纽约（*Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 [1966]; *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463 [1966]; *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502 [1966]）

近几年中，正是第一修正案中对所谓的淫秽文学或艺术的审查与禁止发行问题而使得法院各持一端。尽管法院试图在 *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 [1957] 案中对“淫秽”（obscenity）给出了一个清楚的解释，然而州和地方的热心者们仍然以他们不同的纯洁标准（standard of purity）继续干扰着书商和影剧院的经营者们。在下面这三个同一天判决的案件中，法院又一次试图确立一个可行的指导原则。但是正如布莱克（Black）大法官所指出的那样，尽管在这三个案件中有十四个各自独立的观点，可是，不论是知识最渊博的法官还是外行人，都不能对什么才构成“淫秽”这一问题有一个清楚的了解。第一个案例是对马萨诸塞州法院的一个判决的上诉，该判决认为，具有明显的冒犯之意和色情诱惑力的书就可以被认定为是淫秽作品，而不必要求它们是完全没有价值的。金兹伯格（Ginzburg）案件是对被指控在信里发送所谓的色情资料而被判处五年徒刑的上诉。密斯金（Mishkin）则是因违反了禁止出版“性虐待狂”和“性受虐狂”方面书籍的州制定法而被判刑。

大法官布伦南（Brennan）宣读法院在《芬尼·希尔》一案中的判决如下：

……摆在州法院面前的惟一问题是，《记录》一书是否满足了在 *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 案中确立的淫秽的判断标准。在 *Roth* 案里，我们是用下列语词定义“淫秽”的：“在当代社区标准之下，对一般人而言，材料（就整体而言）的主导主题是否具有色情诱惑力”。……根据这一定义，正如在随后的案例中所阐述的那样，三种因素必须结合起来，即必须确立：（1）就整体而言，材料的主导主题能激起对性的色情兴趣；（2）材料具有明显的冒犯之意，因为它冒犯了与性事（sexual matters）描写或描述有关的当代社区标准；（3）材料没有任何可取的社会价值。

州最高上诉法院声称适用 *Roth* 案的淫秽定义，并认为所有三个标准都已满足。我们不必考虑这一主张，即认为法院在断定《记录》一书满足了色情诱惑力和明显的冒犯之意标准时出错了，仅由于法院错误地解释了社会价值标准这一点，就要求我们应撤销其判决。……

州最高上诉法院错误的认为，一本书在被认为是淫秽作品之前，不必非得是绝对地毫无价值。除非发现一本书完全没有可取的社会价值，否则，它就不能被禁止。即使发现这本书含有必需的色情诱惑力的因素及明显的冒犯之意时，也是如此。联邦宪法中的这三个标准中每一个都是独立适用的，一本书的社会价值既不能因其具有色情诱惑力及明显的冒犯性而被否认或者漠视。因

此，即使按照这个下级法院的观点，即《记录》一书只有很少的社会价值，它的判决也必须被撤销，因为这一判决建立在对联邦宪法标准的一种错误的解释基础之上。

撤销判决，并不必然的得出这样一个结论，即“《记录》一书是淫秽的”这种判决在任何宪法意义上来说都是不适当的。假定（我们没有必要去评价此种假定）该书具有必备的色情诱惑力及明显的冒犯之意，但是又只有很少的社会价值，那么，生产、销售和出版各方面的情况在决定此书的出版和发行是否受宪法保护方面是相互关联的。由于为了色情诱惑力才在商业上被利用，以致这本书的所有其他价值因此被排除，这样的证据可能证明此书完全没有可取的社会意义的结论是合理的。在这种情况下，并不是说社会价值判断标准被放松了，以至免除了一本书必须是完全没有社会价值的这个要件，而是说在承办商将惟一的强调重点放在他的出版物能激起性欲这方面上时，法院可以按他的评价的表面价值来接受他的评价，正如我们在 *Ginsburg v. United States* 案里所详细阐述的那样。然而，在这一过程中，法院被要求在抽象意义上来判断 Memoirs 一书的淫秽性，并且须在既没有得到一套专门的制造、销售和宣传推广的情况的帮助，也没有被这些情况限定的情况下，作出此种宣告。因此，这本书所有的可能用途都应当被考虑，并且，单单是存在这本书可能因为它深入而普遍地对待性事而被从事色情活动者利用的这种风险，并不能改变这个事实：如果假定马萨诸塞州法院认为的该书鲜有文学和历史价值的观点是正确的——即使在这种价值的基础上，这本书在那些出版或发行的人手中会有可取的社会意义。

* * *

大法官布伦南（Brennan）宣布法院在金兹伯格（Ginzburg）案件中的判决意见：

自从 *Roth* 案以来，在本院已经判决了淫秽问题的案件中，我们认为用材料本身来断定这一问题就足够了。然而，在本案中，检察当局在生产、销售和宣传这一系列活动的背景中对出版物提出了犯罪指控，并且还假定说，单独来看，出版物本身也许并不是淫秽的。我们同意淫秽这个问题应当包括一些具体环境的考虑，在这种具体环境中，出版物是决定淫秽性的一种辅助手段，并且我们也愿假定，如果不这样，检察当局就不可能成功追诉相关罪行。正如在 *Mishkin v. New York* 一案里……和下级法院所做的那样，……我们是在出版物完全因为了它的色情诱惑力才被商业利用的这种背景下来考察出版物的。相关记录充分支持了初审法官作出的邮寄这三种出版物触犯了制定法的决定。

在我们看来，在最终决定淫秽问题上，这个证据是很重要的，并且在这一记录的背景下，能够消解所有的模棱两可和疑惑。例如，申诉人作品中那些能激起色情欲的故意描述，刺激读者把它们当作是色情的而加以接受，读者寻求的是刺激，而不是保存知识内容。相似地，这样的描述易于迫使公众遭遇到作品中潜在的有冒犯之意的方面，对那些被这种材料所冒犯的人来说，这样一种厚颜无耻的对色情趣味的大胆迎合无疑更提高了作品的冒犯性。材料的描述及其散布的情境在决定下述问题上是同等重要的，即在法庭上声称的这种材料的

社会意义，在此种情境下，是虚构的还是真实的——而此种社会意义是否又是它得以在市场上销售的基础或者还只是一种为了诉讼目的而作的虚假声言。当供应商惟一的强调重点放在他的出版物的性刺激方面时，这个事实就在淫秽的判断上将是决定性的。当然，在一个现在这样的并不必然意味着所涉材料要被禁止印行的诉讼中，它们源自于或者说是被用作一种传播淫媒的东西的事实，对 *Roth* 案确立的标准的适用来说是很重要的。……

强调说明这种分析仅仅是详尽地阐述了 *Roth* 案确立的标准是很重要的，必须依据这个标准来判决材料是否是淫秽的。当能证明相关材料是通过对性事的普遍处理或描述来迎合对色情刺激的兴趣时，这个证据就能支持该材料是淫秽的结论，即使在其他场合这种材料能逃脱这样的指责。……

* * *

大法官布莱克（Black）在金兹伯格（Ginzburg）案件中持不同的意见：

今天的这个案件及其他两个案件中写下的意见及数以千计的文字令人困惑的混乱之中只有一个简单的事实显现出来。这个事实就是金兹伯格（Ginzburg），此案的申诉人，由于发行关于性的印刷品，现在最终被权威地判为 5 年监禁，而金兹伯格和其他任何人都不可能知道这样做会构成犯罪。……

我的结论是，在今天这三个案件中的 14 个独立的意见被表述之后，没有人，即使是知识渊博的法官（更不用说是外行人了），能够在本院对他的案件作出最终判决之前知道，某些材料是否属于“淫秽”的范围，因为该词在今天已被本院搅乱。由于这个原因，正如像今天这三个案件结果所体现的那样，即使这个国家沿着对人们可以谈论或者著述的主题进行审查的道路走了很远，我们没有必要来进一步违反宪法了，通过使人们仍然迷惑不解，邮寄发散了什么样的文学作品、语词和符号会使一个人成为罪犯的方式。尽管我认为在一个将第一修正案接受为自由的基本理想的国家里，政府审查是糟糕而可憎的，我还是不得不说，会使某些书籍和文学作品在出版或被定罪之前被认定为是非法的这种审查制度，在某些方面要比我们现在已经陷人的不可预知的逐书审查制度更为可取。

在结束阐述我的这部分不同意见之前，我想再重复一遍，我认为第一修正案禁止对不同于行为的观念做任何种类或任何性质的政府审查。……

* * *

大法官布伦南（Brennan）在密斯金（Mishkin）案中宣布法院的判决意见如下：

第一修正案禁止对出版和散布不符合 *Roth* 案中对“淫秽”所下的定义的“所谓的”淫秽书籍进行刑事追诉。各州只有在一定的范围内才可以自由地采用其他对“淫秽”所下的定义，这些定义应在 *Roth* 案定义的宪法标准所设定的界线以内，*Roth* 案定义只是将书籍的出版和销售限制在我们的社会向来且普遍容忍的程度上。……上诉人关于材料的性质的惟一争辩就是，在这一诉讼

中所涉及的一些描写各种不同的异常性行为，例如鞭打、物恋和女性之间的同性恋等行为的书籍，并不符合色情诱惑力的要求，因为它们不能激起“普通人”性方面的兴趣，“非但刺激不了他们的性欲，反而使他们对此感到恶心和厌恶”。我们拒绝这种建立在对色情趣味迎合所做的不实际的解释之上的争辩。

当材料是针对一个明确界定的变态群体而制作，并且基本上被散发给这个群体而不是给公众整体的情况下，如果材料就整体而言其占主导地位的主题激发了该群体成员对性的兴趣，就符合了 Roth 案标准中的色情趣味迎合的要求。*Roth* 案中提到“普通”人或者“正常”人并不是预先排除了此中立场。关于色情趣味迎合的要求，*Roth* 案中应用“普通”人或者“正常”人的概念的核心目的，是为了表达我们反对 *Hicklin* 案确立的标准中的这方面认识（*Regina v. Hicklin*, LR 3 QB 360 [1868]），*Hicklin* 案确立标准使对最容易受影响的人产生的影响成为决定性因素。通过允许依据这种类型的材料指向的接受群体的性兴趣，来评估这种类型的材料的色情诱惑力，我们调整了我们的色情诱惑力要求以使其适应社会现实，并且既然我们的立场要求以比“性不成熟的人”等字眼更确切的术语来定义接受群体，这也就了避免 *Hicklin* 案确立的标准中“易受到影响的人（susceptible-person）”这一方面的不充分性。

*　　　　*　　　　*

大法官布伦南（Brennan）在密斯金（Mishkin）案件中持不同的意见：

我不同意确认判处密斯金为期三年的监禁。无论在这个案件中，还是在 *Ginzburg* 案中，我都未曾读过所谓的淫秽材料。这是因为，由于我在 *Ginzburg* 一案以及在以前的许多其他案件中所陈述的理由，我认为无论讨论的是什么样的主题，本院都没有审查言论和出版的宪法权力。我认为联邦司法机构——因为它是终身任命的——是被选来解释宪法从而标定政府机构能够做什么和不能够做什么的边界的最合适的裁判机构。但是由于终身任职以及其他原因，在决定这片土地上的人们可以看到和阅读什么样的图片和作品时，它又是最不合适的承担审查责任的政府部门。当本院就人们可以看或者读什么东西制定特别的规则时，它就是在决定哪些政策是合理的和正确的，由此它就行使了直接对人民负责的立法机关的传统职能。因而，我希望再一次表达我的意见，我反对用使人厌烦的、难免不受欢迎和零碎的任务使本院背上沉重的包袱：本院不得不通过其成员法官的逐案、逐人的判断，对什么样的色情文学（无论其含义如何）过于赤裸而不适宜人们阅读最终做出裁决。如果对关于性或者其他主题的观念进行审查是合宪的，那么我就只能被迫说，我认为这种沉闷的、耗时历久的、不受欢迎的最终决定何种特别的讨论或者观点应当压制的责任，为本院和国家计，应该被授予另外某个政府机构或一些政府机构，而不是本院。

我将推翻这些定罪……并且宣布第一和第十四修正案一起要求国会和州都不得通过以任何方式剥夺言论和出版自由的法律——而无论讨论的主题是什么。……

（史大晓译　邓海平校）

5．米勒诉加利福尼亚（*Miller v. California*，413 U.S. 15［1973］）

大法官哈兰（Harlan）在1968年的*Interstate Circuit，Inc. v. Dallas*，390 U.S. 676案中所形容的“棘手的淫秽问题”（页704），在伯格法院（Burger Court）从另一个维度上得到了发展。对确定性的渴望、公众对道德的关注以及法官自身转变中的价值观念，又一次促使法院去寻找在决定淫秽问题时所需要的确定的指导规则。在这个1973年的案件中，法院再次肯定了*Roth*案中的基本原则：淫秽资料不受第一修正案的保护。但是，现在，法院以一种更加精确、明晰的方式适用“社区标准”这一*Roth*案中的原则，以使遍布全国的不同的社区能够行使他们自己的自由裁量权。在一个相伴的案件（*Paris Adult Theatre v. Slaton*，413 U.S. 49［193］）里，在*Roth*案中书写法院判决理由并将其适用到*Ginzburg*案、*Miskin*案和《芬尼·希尔》案中去的布伦南（Brennan）大法官，现在坚持认为，最高法院、国会和各州都不能恰当的区分出受第一修正案保护或不受第一修正案保护的淫秽资料。或许*Miller*一案的最重要的意义在于，它代表了最高法院的某种努力，它努力将自己从日益增长的淫秽案所造成的负担中解脱出来，同样将自己从不得不解决“棘手问题”的困境中解脱出来。当法院支持使用分区规则（zoning ordinances）在某些区域禁止“成年”剧院时，它对地方自决也表现出了进一步的宽容（*Young v. American Mini Theatres，Inc.*，427 U.S. 50［1976］）。

首席大法官伯格（Burger）宣布法院的判决如下：

上诉人发起了一个大规模的邮寄活动，以给一些附有插图的书籍做销售广告，这些书籍被委婉的说成是“成人”材料。在陪审团审判过之后，他因故意散发淫秽物品被判为违反了《加利福尼亚刑法典》第311.2（a）条，这是一个轻罪。受理该上诉的部门，加利福尼亚奥朗吉郡高等法院都在没有给出判决意见的情况下立即同意了这一判决。上诉人的罪行主要是他用信封给加利福尼亚新港海岸的一家餐厅通过邮局寄去五本广告册而该餐厅并没有索要。这家餐厅的经理和他的母亲拆开了这个信封。他们并没有索要这些小册子，于是他们告到了警察局。

这些小册子是在为四本书和一部电影做广告，这四本书的名字分别为“性交”、“男人·女人”、“插图本性狂欢”和“插图本色情文学全史”，这部电影的名字为“婚内性交”。尽管这些小册子包含了一些描述性的印刷材料，可它们主要还是由一些图片和画图构成，这些图片和画图非常明显地刻画了一些三五成群的做各种性行为的男男女女，他们的生殖器往往被突出地展现出来。

一

该案涉及在下述情况下适用州刑事淫秽法的适用，一些富有侵犯性的销售

商强行将明显与性有关的材料塞给那些根本没有接受意思表示的不情愿的人们手中。本院认为，当传播的方式带着-种明显的触犯不情愿的接受者的情感或暴露给未成年人的危险时，各州对禁止淫秽材料的传播和展览的关注是合法的。……正是在这种情境下，我们才被要求根据第十四修正案来确定标准，这些标准必须被用来确定各州在不违反第一修正案的情况下可以进行管理的淫秽材料。

布伦南大法官先生的不同意见回顾了淫秽问题的背景，但是，既然本院现在着手制定比以前更为具体的标准，那么，对我们来说，将目光聚焦在有点儿被扭曲的本院有关淫秽问题的判决史中两个里程碑式的案例上是有用的。在 *Roth v. United States* 一案中，……本院根据惩罚邮寄"淫秽的、猥亵的、挑动情欲的、肮脏的"材料的行为的联邦法律，从而支持了一个有罪判决。该主张的关键是，本院拒绝了淫秽材料受第一修正案保护的主张。……

九年以后，在 *Memoirs v. Massachusetts* 一案中，本院明显的背离了 *Roth* 案确立的概念，并且只有三个法官在多数意见中清楚地表达了一个新的淫秽判断标准。多数意见认为根据 *Roth* 案的定义：

"正如在其后的案件中所详细描述的那样，三个要素必须统一：必须确定，(1) 就整体而言，材料的主导主题能激起对性的色情兴趣；(2) 材料具有明显的冒犯之意，因为它冒犯了与性事描写或描述有关的当代社区标准；(3) 材料完全没有可取的社会价值。……"

除了 *Roth* 案中的初步简述外，本院任何时候都不曾达成一致的多数意见，确定一个什么构成了受州治安权规制的淫秽色情材料的标准。……我们已经看到了"在本院成员中存在着以前任何一个宪法裁判中都无法比拟的观点差异"（*Interstate Circuit, Inc. v. Dallas*, 390 U.S. 页 704—705）。……这并非是不同寻常的，因为在言论和出版自由领域，法院必须总是对任何触犯真正严肃的文学、艺术、政治或者科学表达的行为保持敏感。这是一个几乎没有永恒真理的领域。……"

二

这在很大程度上已经被本院明确地解决了，即淫秽材料不受第一修正案保护。……可是，我们都承认，对任何形式的表达加以规制都存在着一些固有危险。旨在规制淫秽材料的州法律必须被严格限制。……结果，现在我们将允许这种规制存在的范围限定在刻画或描写性行为的作品上。那种行为必须由有效的州法律以成文方式或者权威性的解释来作出专门的界定。一个犯罪也必须限制在一定的作品上，这些作品就整体而言会激起性的淫欲，并且是以一种明显的攻击性的方式描绘了性行为，同时这些作品就整体而言没有严肃的文学、艺术、政治或者科学价值。

对调查事实的法官来说，最基本的规则必须是：(a)"适用当代社区标准的普通人"是否会发现这一作品就其整体来看激起了淫欲。…… (b) 这一作品是否以一种明显的、进攻性的方式刻画或者描述了由生效的州法律专门定义的性行为；并且 (c) 这一作品就其整体而言是否缺乏严肃的文学、艺术、政治或者科学价值。我们不会将 *Memoirs v. Massachusetts* 一案中"完全没有可

取的社会价值”的判断标准接受为宪法标准……，那一概念从未博得三个以上的法官的同时坚持。……如果一规制淫秽材料的州法律是这样被限制的（不论它是成文法律还是解释），那么根据十四修正案对各州适用的第一修正案的价值就得到了上诉法院最终权力的充分保护，该等法院在必要时对宪法上的主张进行独立的审查。

我们强调，为各州提出规制方案不是我们的职能。那必须等待他们具体的立法努力。……

在解决这些不可避免的敏感的事实和法律问题时，我们必须继续依赖陪审团制度，同时还有一些法官、证据规则、无罪推定以及其他保护性要素所提供的保证，正如我们在处理强奸、谋杀和许多其他触犯社会及其单个成员的犯罪时所做的那样。

布伦南大法官先生已经抛弃了他以前的立场，现在坚持认为没有一种本院、国会或者各州的规定，能将不受第一修正案保护的淫秽材料从受其保护的表达充分地区分开来。……荒谬的是，布伦南大法官指出，为避免淫秽材料暴露给不愿接受此种材料的成年人（如本案中的情形）以及未成年人，那么压制这些材料是允许的——尽管他没有暗示，在为了这些目的时，如何比为了规制将此种材料商业性地只披露给愿意接受的成年人的行为时，更为精确地划定受保护与不受保护的材料之间的界线。他也没有指出，他在宪法什么地方找到了权威依据，对一个比大多数州法定年龄大一个月的愿意接受此种材料的成年人和比法定年龄少一个月的未成年人作出区分。

根据今天宣布的判决，没有人将会因出售或者披露淫秽材料受到追诉，除非这些材料刻画或者描述了明显冒犯性的、由规制这一问题的州法律（以成文方式或者解释方式）专门定义的“赤裸裸的”性行为。这些特定的条件将会给经销这类材料的商人提出恰当的警告，他的公开的商业行为可能招致诉讼。我们对此感到满意。……

布伦南大法官先生在为其观点的转变寻找的正当理由中，也强调了“制度的压力”。“备审案件目录表中的有关淫秽问题案件的数量已经充分证明了加诸在本院之上的负担”，他十分正确地说道，对争论中的材料的考查“几乎不是启迪本院成员的一种资源”。……他还提到（我们也同意），“标准的不确定性是州法院和联邦法院之间的紧张关系持续之源泉……”。“问题是，在至少五个本院成员适用难免模糊的标准宣告材料是淫秽的之前，没有一个人够确切地下此断言。”……

自从 *Roth* 案以来，本院缺乏一个关于确定淫秽的适当标准的统一的多数意见，这已经使州法院和联邦法院疲惫不堪，这是千真万确的。但是，今天，自 1957 年 *Roth* 案判决以来，本院的多数第一次就把赤裸裸的色情文学从受第一修正案保护的表达中分离出来的具体规则达成一致意见。……

这不会是一条没有困难的康庄大道。但是无论怎样“疲倦”，不会导致我们仅仅因为三段论推理会减轻我们的负担，就采纳一种方便的“制度化的”三段论推理方法——一种第一修正案的绝对主义的“任何事情都行”的观点。……我们也不应该通过武断地剥夺州根据宪法保留的权力的方式来补救州法院和联邦法院之间的紧张关系，州的这种权力是他们从第一修正案通过之前直到今天一直享有和行使的。……

三

根据我们的联邦宪法，第一修正案对各州权力最基本的限制并不因社区的不同而有所变化，但是，这并不意味着有、或者应该有、或者能够有，关于“激起淫欲”或者是“明显冒犯性的”的确定统一的全国标准。这些实质上都是事实问题，对本院来讲，我们的国家太大，太色彩斑斓了，因而，期望为所有50个州制定一个整齐划一的标准是不合情理的；即使假设作为先决前提的一致意见存在，也是如此。当调查事实的法官被要求断定“当代社区标准下的普通人”是否会考虑特定的材料是淫秽的时候，要求将答案建立在抽象的陈述的基础上是不现实的。通常以外行的陪审员作为刑事诉讼中最后的事实发现者的抗辩制度，在历史上一直允许调查事实的法官依赖于他们的社区标准，只不过总是要由法律上的限制性命令加以引导。要求一州围绕一个全国性的“社区标准”的证据构建淫秽诉讼程序将是竹篮打水一场空。

正如以前所指出的，本案审判的理论根据是加利福尼亚反淫秽法律试图采纳 *Memoirs* 案的三重标准。这一由本院的多数派列举出来的全国性的第一修正案保护标准，在初审时，被正确地视为是对州根据处于优势地位的判例法提起刑事指控的限制。可是，陪审团得到了明确的训导：在判断“就整体而言，材料的主导主题是否激起人们的淫欲”，以及判断这些材料是否“在实质上超出了坦率的习惯界限并触犯了当代社区的得体标准”时，它要适用“加利福尼亚州的当代社区标准”……

我们得出这样的结论，无论所谓的州未能提供符合“全国性标准”的证据，还是初审法院指示陪审团考虑的是州的社区标准，都不是宪法性错误。第一修正案中，并没有什么要求陪审团在努力确定某些材料事实上是否是淫秽的时候，必须考虑假想的、不能确定的“全国性标准”。……

将第一修正案读成是要求缅因州和密西西比州的人民接受对拉斯维加斯或者纽约市所能容忍的行为进行的公开刻画，这既不现实，又没有宪法上的正当性。……不同州的人在其口味和态度上是不一样的，这一多样性不应被强加的统一性的绝对主义所扼杀。正如本院在 *Mishkin v. New York*，383 U.S. 一案，（页508—509）中所清楚表明的那样，要求一个陪审团适用“当代社区标准下的普通人”这一标准主要关照的是，只要材料并不是面向变态群体的，它将根据它对普通人而非一个特别易受感染的或者敏感（或者完全麻木无知）的人的影响而受到裁判。……我们认为，要求陪审团参照“加利福尼亚州的当代标准”评价这些材料符合这一保护目的，在宪法上是充分的。

四

持不同意见的大法官给压制敲响了警钟。但是，在我们看来，将观念的自由活跃的交流和政治争论与淫秽材料的商业炒作等同起来这种做法，贬低了第一修正案中伟大庄严的概念，也贬低了它在为自由而进行奋斗的历史中的崇高目标。……第一修正案保护这样的作品，即就整体而言，有严肃的文学、艺术、政治、或科学价值的作品，而不管政府或大多数民众是否同意这些作品所

代表的观念。……

但是，如果是仅为了性描绘本身及为了攫取随后的商业利润而描绘赤裸裸的性行为，这就得另当别论了。

没有经验或历史上的证据表明，十九世纪的美国对有关性的材料的公开发行和展示的严格审查……在任何方面限制或影响了严肃的文学、艺术、政治或科学观念的表达。相反，从托马斯·杰斐逊一直到西奥多·罗斯福，这一段时期是一个“异乎寻常的繁荣时期”，这不仅仅表现在经济和政治上，也表现在纯文学上，还表现在“社会与政治哲学这些偏僻领域上”。我们没有看到思想审查的无情之手——无论是好的还是坏的，对的还是错的——以及“压制”政治自由，隐藏在每个州管制对人类在性上的兴趣的商业炒作。

布伦南大法官先生发现，“很难看到怎样才能预防州作出的对我们头脑的严格控制”。……这些悲观的预测认为法院不能在观念上将受第一修正案保护的商业与淫秽材料的商业炒作区分开来。更何况，州对赤裸裸的色情文学材料的规制以使非成年人得不到这些材料（布伦南先生认为此种规制为宪法所允许），对成年人来说，它已经具备了“审查”的全部要素。的确，在存在此种规制的二元分裂的情况下，需要更为严格的实施技术。……一个人可以承认，在使过分拘谨的阶层抛弃一个长久以来被隔离的、缺乏必要“通风”的主题的过程中，近几年的“性革命”可能已经产生了有用的副产品。但这并不意味着不需要或者不允许对明显冒犯性的“赤裸裸”的材料加以规制，文明民族并不因为海洛因是医用吗啡的衍生物而就允许不受限制地获得它。

总而言之，（1）我们再次确认 Roth 案中的淫秽材料不受第一修正案保护的主张；（2）我们认为这种材料在上述专门保证的条件下可以由州进行规制，而不必证明这种材料“完全没有可取的社会价值”；（3）我们也主张应根据“当代的社区标准”来判断淫秽问题。……

（史大晓译　邓海平校）

6. 威斯康星州诉约德（*Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 [1972]）

伯格（Burger）法院的法官们并没有损伤、甚至在某些显著的方面扩展了他们前任的倾向于清晰的“政教分离”的主张，尤其在教育政策领域。到 20 世纪 70 年代，剧增的教育经费促使教会团体更加努力地争取各种形式的公共支持。一些州利用公共基金为教会学校的学生提供公共汽车，理由在于，是学生而不是教会学校获得了主要的利益。至 20 世纪 70 年代早期，三十多个州向教会学校提供了各种形式的直接财政援助，都打着“政府对于教会学校的资助”的旗号。这些援助包括各州为教会学校支付学费、书费、教师津贴，或者偿还税收贷款。但是在许多案例中，很著名的有 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 [1971] 和 *Committee*

> *for Public Education and Religious Liberty v. Nyquit*, 413 U.S. 100 [1973]，本院一致认为教区的方案是对宪法第一修正案的官定宗教条款的违宪性的损害。下面这个案子表面上没有涉及情感的或者带有政治倾向的问题，然而它确实揭示了宪法中的宗教自由条款的基本理由和法律确认某团体行为与被公众通常接受的社会目标背道而驰的能力。这个案件中的被告是严禁派（Old Order Amish）的成员，而且由于他们拒绝送他们的八年级以下的孩子去学校，被宣告犯有违反州义务教育法罪。严禁派宣称参加高中学习违反了他们的宗教信仰，而且威胁到该教派的生活方式。

大法官伯格（Burger）宣布法院判决如下：

一

毫无疑问的是，对于政府的权力来说，政府对它的公民教育有着高度的责任，为基础教育的管理和持续建立合理的规则。以 *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 534［1925］一案为例。公立学校正好是充分发挥政府这一功能的载体。然而在 Pierce 一案中，即使这种极为重要的职责，也应该屈从于父母为孩子提供在私立教育系统接受同等教育的权利。于是本院认为，俄勒冈州强迫 8—16 岁的孩子到公立学校接受教育的制定法，不合理地妨害了父母们在指导他们的后代的成长（包括他们在教会学校接受教育）方面的利益。正如这一案子所显示的那样，父母们在指导他们的孩子们的早期和成型时期的宗教教养和教育的价值在我们的社会中有着很高的地位。……

顺理成章的是，威斯康星州若想抵制住认为他们的做法妨碍了合法的宗教信仰活动的指责，而强迫八年级以下的孩子接受学校教育，就必须具备这样的条件：要么该州并没有明文规定否认宗教信仰自由，要么存在一种足够重要的州的利益，超过为宪法的信仰自由条款所明确保护的利益。……

二

现在让我们来审视被告主张的性质，该主张认为威斯康星州的关于义务教育的成文法是对他们的权利和他们的孩子们的自由礼拜宗教的权利的侵犯，而为了这一权利，他们和他们的祖先已经坚持了近三个世纪。为了评价这些主张，我们必须非常谨慎地去决定严禁派的宗教信念和他们的生活方式之间的关系，是否正如他们所宣称的那样，是互相依赖、不可分割的。一种生活方式，不管是道德高尚的和值得赞美的，如果它是以完全世俗的原因为基础，也许不会被作为是对州合理的教育规则的障碍而提出来。为了从宪法中的宗教自由条款寻求保护，这一主张必须根植于宗教生活。虽然对于什么是受到宪法保护的“宗教”信仰和宗教活动的判断可能会提出一个非常棘手的问题，正是有限制的自由概念排除了允许每个人制定他自己的标准，而无视社会总体上所具有的重要利益。因而，如果严禁派因为他们主观的评价和对被大多数人接受的同时代的世俗价值的抵制（就跟梭罗（Thoreau）拒绝他所在的时代的社会价值，

把他自己隔绝在沃尔登塘一样）而提出他们的主张，他们的主张就没有建立在宗教基础之上。梭罗的选择的哲学和私人的色彩远远胜过其宗教色彩，而这样的信仰不会被提到符合宪法的宗教自由条款的要求的高度上。

不是基于这样的世俗原因，相反我们看到这个案子中的记录有力地支持了这样的主张，即严禁派传统的生活方式并不单纯是一种个人的偏好，而是一种深厚的宗教确信，而这种确信为一个有组织的团体共同享有，并且与他们的日常生活密切相关。严禁派的日常生活和宗教活动滋生于他们的信念，这一点已经被下列事实所证明，即这是对他们给《圣经》中的指令所作的字面解释的回应，这一指令源于保罗给罗马人的使徒书中的“不要顺从这个世界……”。这一命令是严禁派信念的基础。而且，对于严禁派来说，宗教不仅仅是对于神权的信仰的事情。正如专业观察家所解释的那样，严禁派实际上传道和确定他们的全部生活方式，根据犹太法典（Talmudic）的食谱的细节来规制他们的生活方式，通过教会严格地执行规定。

记录显示，在人类知识总体上获得空前进步和教育发生重大变化的时期，被告的宗教信仰和对生活、家庭和家乡的态度是一成不变的——也许有人会认为是呆板乏味的。……

严禁派周围的社会已经变得人口更加稠密，都市化、工业化程度更高和更加复杂，尤其是在本世纪，政府对公共事务的管理相应地变得更加深入和普遍。严禁派的生活方式于是与同时代社会的应当符合多数人标准的坚决主张日益发生冲突。只要义务教育法被限制在田园的校舍里进行的八年的基础教育，由于具有严禁派信念的学生占有很大的比例，严禁派很少有理由担心入学会让他们的孩子们受到他们全力抵制的世俗影响。但是乡村地区的现代中等义务教育现在大多在一个固定的学校进行，常常离学生的家很远，而且与学生的家庭日常生活迥然不同。记录强有力地显示，现代中等学校的价值观念和教学计划与严禁派指令的基本生活方式之间存在强烈的冲突，要求中等义务教育的现行法律已经相应地造成了重大的关注和冲突。不可避免的结论是，中等教育通过使严禁派的孩子们在态度、生活目标和价值观念方面遭遇与其信仰完全相反的世俗的影响，通过充分干扰严禁派的孩子在重要的青春期发展阶段在宗教方面的发展和他整体对严禁派信念公共体生活的遵从，触犯了基本的宗教原则和对严禁派教义的践行，对于父母和孩子都是如此。

义务教育法对被告践行严禁派宗教的影响不仅仅是严重的，而且是不可避免的，因为威斯康星州的法律，明确地强迫他们在刑事制裁的威胁下，不可争辩地去实行与他们宗教信仰的基本原则相违背的行为。……义务教育法对严禁派宗教原则的严重干扰也并不是从主观上施加的。它恰好对宪法第一修正案所意欲保护的宗教礼拜自由构成了客观上的危险。就如同记录显示的那样，要求16岁以下的严禁派的孩子们参加义务教育的做法，本身就带有一种破坏目前存在的严禁派共同体和宗教活动的真正的威胁。他们面对着两难境地：要么放弃信仰融入整个社会之中，要么被迫迁移到其他更为宽容的地方。……

三

原审法院的认定和严禁派关于他们的信念的主张在本院都没有受到威斯康

星州的挑战。该州的立场在于，在普遍要求参加中等义务教育直到16岁方面，州的利益很大，以至于超过了被告的无可置疑的主张，那就是，被告为严禁派的青少年所准备的在接受了传统的基础教育后的生活方式是被告的宗教信仰和宗教活动不可或缺的一部分。该州也没有采纳关于严禁派的生活方式和教育是与他们的宗教不可分割的，而且是他们的宗教原则的一部分的主张——事实上，就如同洗礼仪式是他们宗教信仰和宗教活动的一部分，或者忏悔室或者安息日是其他宗教的不可分割和不可或缺的一部分。

威斯康星州勉强承认在宗教自由条款下，宗教信仰是自由的，绝对不受州的控制，但是该州认为"行为"即使是基于宗教的原因，也不受宪法第一修正案的保护。但是我们的决定拒绝了这一认为基于宗教的行为总是被排除在自由礼拜条款保护的意见。下列情况是真实的，即人们的行为，甚至是基于宗教，也常常得从属于州的在促进健康、安全和公共福利方面的规定，或者从属于联邦政府行使其授予的权力。……

那么，让我们把目光转向该州的更为宽泛的论点，即认为它在义务教育系统方面的利益是强制性的，所以即使是严禁派确定的宗教活动也必须作出让步。宗教自由的基本要求处在了危险之中，无论如何我们无法接受如此笼统的要求；尽管这种要求的合法性一般被一些案例所承认，我们必须谨慎地审视州通过要求参加中等义务教育直到16岁的做法来寻求促进的利益，和若是免除严禁派的义务所带来的对实现这些目标的障碍。……

该州发展了两个基本的主张来支持它的义务教育。就如托马斯·杰弗逊早就指出的那样，它表明如果我们想要保护自由和独立，那么一定程度的教育是公民有效地和明智地参加我们开放的政治体系的必要条件。此外，教育使个人变成社会中自力更生的和自信的参与者。

然而，本案中严禁派举出的证据有说服力地证明，对严禁派的孩子进行额外的2年正式的高中教育，来取代他们长期以来确立的非正式的场景教育的做法，并不能对这些利益有多大的帮助。

该州以培育"无知"来攻击被告的立场，并主张必须由州来保护孩子们免遭"无知"的侵袭。没有人能够质疑州在这方面的权力，但是这个主张与记录中所揭示的事实并不吻合。无论大多数人如何来看待他们的特性，记录强有力地显示严禁派共同体在我们社会中是一个非常成功的社会单位，尽管其与常规的"主流"相分离。它的成员是富有创造力和遵纪守法的社会成员，他们拒绝任何现代普通形式的社会福利。国会自身也通过批准免除象严禁派这样的团体缴纳社会保险税的形式承认了他们的自给自足。提出严禁派反对八年级以下的义务教育的说法既不公平也不正确。记录所显示的是，他们反对的是以指定的高中所进行常规的正式教育，因为这种教育恰好处于孩子们的至关重要的宗教发展的青少年时期。……

八年级以下的义务教育在我们的历史中是一个相对新近的发展。不到60年前，几乎所有的州在教育方面的要求都停留在完成基础教育，至此孩子们能够被正常而合法地雇佣。在这个国家的近三个世纪二百多年的历程中，严禁派的独立与成功的运行有力地证明，一到两年强制的正式教育在满足公民义务方面最多有一种投机的收获。在这种背景下，它就要求该州在这一点上有一种更为详尽的成绩，去证明对宗教自由施加如此严重的干扰、额外强制入学的正当性。……

四

最后，该州……主张免除严禁派的孩子们服从州的规定的做法，没有顾及到严禁派的孩子们参加中等教育的独立权利，也没有对州作为监护人而不考虑父母的愿望，去扩大孩子们在中等教育方面的利益的权力给予正当的考虑。……

当然，这个案子并不会对孩子们的身体或者精神健康造成损害，也不会对已经被证明和适当推断了的公共安全、安宁、秩序或者福利构成威胁。记录恰好反映了相反的情况，而且任何建立在那种理论上的信心都找不到任何证据的支撑。……

五

鉴于上述理由，我们和威斯康星州最高法院认为，宪法第一修正案和第十四修正案阻止了威斯康星州强迫被告让他们的孩子们去参加正式的高中直到16岁。……

严禁派作为一个可以确认的教派已经有了三个世纪历史，作为美国社会一个成功的和自给自足的部分也有着很长的历史。在本案中，严禁派已经令人信服地证明了他们的宗教信仰的诚挚，他们的信仰与他们的生活方式之间的内在联系，在严禁派共同体和他们的宗教组织持续期间他们的宗教信仰和日常行为所起的至关重要的作用，和该州强制执行一般对别人来说合法的成文法所施加的危险。除了这些，他们已经承担了更重的负担，去证明作为义务教育的替代方式，他们继续采用的非正式的场景教育在严格意义上已经超越了该州作为支撑它的义务教育方案的各种利益。根据这令人心服的展示，其他宗教团体或者教派的人能够估计和权衡在“该州能够要求的”和“严禁派已经接受的”之间的细微的差别，威斯康星州应该义不容辞地更为详尽地来证明它在义务教育方面具有的公认强大的利益，将会由于豁免严禁派的义务而受到反面影响。

（金锦萍译）

7. 威尔士诉美利坚合众国（*Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 [1970]）

越南战争促使本着良心的战争反对者提出了崭新的、棘手的主张。兵役法免除了那些依据“宗教熏陶和宗教信仰”而从良心上反对任何形式战争的人的服兵役义务。法案承认了信仰作为一种“人与万能的主的关系包含了一种责任，而这种责任高于任何源于人类之间的关系的责任”，但是信仰并不包括“主要是政治观点、社会学观点或者哲学观点或者仅仅是个人的准则”，在

> *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163［1965］一案中，法院认可确认的宗教信仰包括除定型化或者制度化的宗教信仰之外的信仰。"制定法上对信仰的定义是"，在 Seeger 一案中，法院陈述："一种真挚而有意义的信仰，在信仰持有者的生命中占有一席之地，就如同那些公认有资格享受豁免的人的生命中充溢着上帝。"威尔士（Welsh）拒绝肯定或者否认对一个超自然的人、上帝或者神的信仰，他声称对参加战争有着深深的良心上的谴责。意义重大地，他对其表格中的"我的宗教熏陶和宗教信仰"的字眼进行了攻击。他所属的征兵委员会拒绝了他的请求，于是他由于拒绝应征而被宣告有罪。下述的布莱克（Black）大法官的观点同时也代表了道格拉斯（Douglas）大法官、布伦纳（Brennan）大法官和马歇尔（Marshall）大法官的意见。哈兰（Harlan）大法官只是在表决需要形成多数票时才加入进来，而首席大法官伯格（Burger）和怀特（White）大法官、斯图瓦特（Stewart）大法官持反对意见。

大法官布莱克（Black）宣布法院判决如下：

为了阐述理由，而且不回避已经提出来的宪法上的争议，由于这一有罪判决与 *United States v. Seeger* 案有着根本上的矛盾，我们投票撤销了它。

这一案件中的决定性事实和 Seeger 一案中的非常地相似。西格（Seeger）和威尔士（Welsh）都成长在宗教家庭，都在童年时入教，但是这两个案子中的宗教都没有教育信徒们无论出于什么理由都不要参加战争。西格和威尔士都没有在成年后继续他们孩提时的宗教信仰，在他们与选征兵组织发生麻烦时也都没有属于某个宗教团体或者追随某个有组织的宗教的教义。在征兵登记时，他们中的任何一个都还没有开始接受和平主义。他们关于战争的观点只是在随后的几年里逐渐养成的，但是当他们的思想的确完全成熟时，他们都向他们当地的征兵委员会提出申请，要求根据《普通军训和服兵役法》第 6 条第 10 项的规定，把他们作为良心上的反对者而获得豁免。这一条中的部分规定：

> "本条文在任何情况下都不能被解释为，要求任何因为宗教熏陶和宗教信仰而从良心上反对参加任何形式战争的人，到美国的军队里参加战斗性的训练和服务。这里的宗教熏陶和宗教信仰的意思是指一个人相信在上帝面前承担的责任高于来自人间的任何责任。但是并不包括主要是政治观点、社会学观点或者哲学观点或者仅仅是个人的道德准则。"

在填写他们的豁免申请书时，西格和威尔士都没有在选征兵表上印制的声明上签字，该声明表示，"我由于宗教熏陶和宗教信仰的原因，从良心上反对参加任何形式的战争。"西格只有在对"熏陶"（training）的字眼进行质疑并且在"宗教"（religious）这一单词上作了引用的记号后，才愿意签字。威尔士也只有在质疑了"我的宗教熏陶"等字眼的含义之后才愿意签字。在这些同样的申请表中，他们中的任何一个都没有肯定地承认或者否认自己信仰"上帝或

者一个神”，他俩都声明他们更愿意搁置这个问题。但是西格和威尔士在申请表上都声称，他们对参加剥夺人的生命的战争有着深深的良心上的谴责。他俩都强烈地相信战争中的杀戮是错误的、不道德的和不人道的，他们的良知不许他们去参加这样罪恶的活动。他们反对参加任何形式的战争不能够被说成是来源于“良知的宁静的、微弱的声音”；更应该说，对他们来说，这一声音是如此地响亮和持久，以至于让他们在监狱与在美国军队服役之间做抉择时，他们更愿意选择前者。西格作为一个良心上的反对者的信念的真挚和深刻从来不存在质疑，威尔士也是如此……。但是在这两个案件中，选征兵组织都断定，这些人的信仰就某种意义来讲不足以达到“宗教”的程度，从而使他们有资格根据第6条第10项的规定获得作为良心上的反对者的豁免。西格作为良心上的反对者的声明遭到否决，“仅仅是因为其并没有建立在‘相信在上帝面前承担的责任高于来自人间的任何责任’的基础上，而这恰恰是第6条第10项所要求的”，（见 *United States v. Seeger*，380 U.S 163 [1965]），而威尔士的豁免被否决是因为他的上诉委员会和司法部听证官“没有能够找到登记者的信仰、观点和信念的宗教基础”。……西格和威尔士都拒绝应召入伍，他俩也都因这一指控被宣判有罪。

在西格一案中，本院……澄清了促使登记者反对所有战争的真挚而有意义的宗教不必拘囿于传统的或者教区的宗教概念的来源和内容。本院坚持认为，第6条第10项“并没有区分外在的与内在的信仰”，……而且认为一些人有可能发现“不可理解的”或者“不正确的”“个人的内在的”信念符合该法案中“宗教信仰”的意思。……在西格一案中，一个登记者对所有战争的良心上的反对符合第6条第10项规定的“宗教的”意思的必要条件在于，这种对战争的反对滋生于登记者的道德的、伦理的和宗教的信仰中的有关是非的内容以及这些信仰被传统的宗教信念所坚守。今天以及以往的绝大多数的伟大的宗教，赋予通过某种方式与人进行沟通的上帝或者超越一切的存在——一个神——以一种意识，这一意识是关于什么是正确的和应该做的，什么是错的因而是应该避免的。如果一个人深深地和真挚地拥有一种信仰，这一信仰从其来源和内容来看是纯粹伦理的或者是道德的，但是这一信仰使他承担了一项良心上的义务，即避免在任何时候参加战争，那些信仰当然在这些个体的生命中的“地位跟上帝在”传统宗教的信仰者的“生活中的地位一样”。因为他的信仰在他的生活中发挥着与宗教一样的功能，这样的人也应当如同那些源自传统宗教信仰而对战争有良心上的反对的人一样，同等地被赋予“宗教的”良心上的反对者的资格而被豁免。……

摆在我们面前的这一案件中，美国政府试图在下列两个基本点上寻求与我们在西格一案中所持立场的区别，这两点正是上诉审法院对威尔士的有罪判决所赖以存在的。首先，所强调的是，与西格相比，在否定其观点是宗教的时，威尔士更加坚持和明确。例如，在填写他们的良心上的反对者申请表时，西格在“宗教的”（“religious”）这一单词上作了引用的记号，但是威尔士对“宗教的”这一单词完全予以推翻，而且接下来把他的信仰描述成“是通过阅读历史与社会学”而形成的。……上诉审法院发现威尔士已经“否认了他对战争的反对是以宗教信仰为前提的”，而且断定“上诉委员会有权相信他的话。”……我们认为这一与西格一案相区分的努力是失败的，理由在于其过于强调登记者对

自身信仰的解释。在西格一案中，本院声明，一个登记者对自己的信仰"宗教的"描述应当是有影响力的，……并不意味着他关于他的观点是非宗教的宣称也应当受到相似的对待。当一个登记者声称他对战争的反对是"宗教的"，这一信息与他的信仰在他的生命中的作用问题是密切相关的。但是，只有极少数登记者会充分认识到第6条第10项中的"宗教的"这一词汇的明确的范围，因此一个登记者关于他自己的信仰是非宗教的声明对于那些决定是否给予豁免的人来讲是不可靠的，威尔士本人就是如此。虽然他原先把他的信仰描述成非宗教的，后来经深思熟虑之后，他给他的上诉委员会写了一封又长又详尽的信，在信中他宣称他的信仰"从这一词语的伦理情感来讲，当然是宗教的"。……

美国政府还试图根据下列情况寻求本案与西格一案的区别，即认为，与西格的观点不同，威尔士的观点"主要是政治观点、社会学观点、或者哲学观点或者仅仅是个人的准则。"如前所述，美国政府就西格也曾提出相同的主张，而且并非毫无理由，因为西格的观点有足够的政治特点。……在本案中，威尔士对战争的良心上的反对不可否认地部分建立在他对世界政治的理解基础之上。……

当然我们并不认为，第6条第10项有关将持"主要是政治观点、社会学观点、或者哲学观点或者仅仅是个人的准则"的人的除外规定，会被理解为适用于那些对我们的国内外事务拥有强烈信仰的人，甚至适用于那些在实质程度上基于公共政策的考虑而从良心上反对参加所有战争的人。只有当其信仰并不是被深深地持有或者他们对战争的反对根本不是基于道德的、伦理的或者宗教的原则，而是单纯地基于对政策、实用主义或者私利的考量上时，这两类登记者才显然地适用有关豁免的除外规定。当应用第6条第10项有关将持"主要是政治观点、社会学观点、或者哲学观点或者仅仅是个人的准则"的人的除外规定时，不可忘记的是，这些除外规定是确定的，并且并没有限制依据"宗教熏陶和宗教信仰"而从良心上反对任何形式战争的人。一旦征兵委员会迈出第一步，而且根据在此陈述的标准就本案和西格一案来作出决定，认为登记者是一个"宗教的"凭良心的反对者时，随之而来的便是他的观点不能"主要是政治观点、社会学观点、或者哲学观点的"，也不能"是个人的准则"。……

威尔士陈述道，他"相信剥夺生命（任何人的生命）是道义上的罪恶"。……在他原始的良心上的反对者申请表上，他这样写道：

"我相信人的生命是存在于自身并有其自身的价值的，生存本身就是生命的价值所在。所以我不愿意损害或者剥夺另一个人的生命。这一信仰（以及与此相关的避免对他人施加暴力的'义务'）并没有'高于任何源于人类之间的关系的责任'。相反，这一信仰是每一人际关系的必备要素。因此，我不能够遵从政府关于让我承担我认为不道德和极度反感的义务的主张。"……

在随后与义务征兵委员会的交谈中，威尔士详细阐述了自己的信仰。基于这些信仰和上诉审法院的认为他"以更多传统的宗教信念的强度"（404 F.2d, 1018）持有这些信仰的结论，我们认为威尔士很显然地享有良心上的反对者的豁免兵役的资格。……

（金锦萍译）

8. 米勒诉艾伦案（*Mueller v. Allen*, 463 U.S. 38 [1983]）

> 20 世纪七八十年代，对教会学校的公共资助受到了愈来愈强烈的政治压力，组织完善、财力雄厚的宗教团体积极推进对私立学校与教区学校的各项公共援助计划。与此同时，世俗的自由主义者认为这些措施违反了不确立国教条款，因而予以反对。或许更重要的是，公立学校的拥护者把这种援助视作对公立学校财政的潜在威胁，尤其是对于少数人种和贫民而言。在 *Lemon v. Kutzman*, 403 U.S. 609 [1971] 一案，最高法院认为州对于非公立学校的教师工资、课本和参考资料的补偿构成了对教会和州之间关系的"过分紧密的纠缠"，因而是不合法的。最高法院坚持的基本标准是：州的制定法必须有一个现世的立法目的；州法律既不能倡导也不能禁止宗教；州法律不能促进"过分紧密的纠缠"。1982 年明尼苏达州的一项法律在所得税方面允许州的纳税人扣减需支付的中小学生的学费、书费和上学交通费。在下述案件中，最高法院认为该法律没有违反 *Lemon* 一案确认的标准，因而是有效的。

大法官伦奎斯特（Rehnquist）宣布法院判决如下：

像其他各州一样，明尼苏达州向其居民提供免费的中小学教育……在最近的一个学年中，看来可以肯定有 820000 名学生加入了这一教育体系。同年，大约91000 名中小学就读于明尼苏达州的 500 所左右的私立学校，其中大约 95%的学生自认为是信教的。

根据一项最初颁布于 1955 年，后又在 1976 年和 1978 年经过两次修正的法律，明尼苏达州允许州纳税人从全部所得中申报扣减某些为教育子女所支付的费用，这项扣减仅限于就读中小学的受抚养者在"学费、书费和上学的交通费"上的实际花销……

当下的案件不外乎我们时常重复的观点，即：不确立国教条款在解释和适用上都提出了难题。引述该条款为数不多的词句十分容易——"国会不得以立法确立国教"。然而如何将本院解释该条款的各种判例运用到对教会学校和在校学生的家长进行财政资助的政府方案中去却非易事。事实上，在许多判例中，"我们都明示或暗示地承认在这一极其敏感的宪法领域，我们只能隐约感知其中的界限"。（见 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 609, 612 [1971] 案）……

这一领域的一个确定的原则是我们对以下观点的一致反对，"对于任何宗教亲和性的机构提供资助的任何方案"都违反了不确立国教条款……举例来说，现已确立的做法有，州可以对家长送子女入学的交通费予以补偿（见 *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 [1947]）；以及，在州范围内，州可以为所有在校生的非宗教课本提供贷款（见 *Board of Education v. Allen*, 392 U.S. 236 [1968]）。

尽管像在 *Allen* 案和 *Everson* 案中那样，我们的判决不断地赞同这些方案，但也推翻了在许多方面与这些资助形式有些相似之处的安排……在本案中，我

们需要决定的是明尼苏达州的税收减征是和我们已赞同的对教区学校的资助类型更相类似，还是和我们推翻的类型更相类似，上诉人尤其强调我们在 *Committee for Pubic Education v. Nyquist*, 413 U.S. 756［1973］一案中作出的判决，在这一判决中，我们认为纽约州向私立学校物质设施的维修提供公共基金以及私立学校的学生家长以“税收津贴”为名义提供学费补助金的立法是无效的……

自从 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602［1971］一案判决以后，在该案中确立的“三分”标准就一直指导我们对这一领域的总体性质的考量：“首先，立法的目的必须是世俗化的；其次，立法的原则或主要效果既不能倡导也不能禁止宗教；……最后，法律不能促进“和宗教的过分紧密的纠缠”（同上，612—613 页）。

确立这一原则的同时，我们的案件也强调了在处理不确立国教条款的相关争议时，这一原则“只是提供了一个有益的标杆”。……

在明尼苏达州的税收减征是否具有世俗化的目的这一问题上无需多花时间。根据我们以前的判例，即使是在其他方面与 *Lemon* 案建构的框架有冲突的政府资助方案，也仍然能够经受这一考量……这一点至少部分地反映了我们不愿意对州的做法作违宪的定性，尤其当从法律表面就能判断出州的方案很可能具有世俗目的的时候。

州决定支付家长承担的教育费用这一点——无论其子女就读于何种学校——彰显了一个世俗化且易于为人理解的目的。受教育人口对于任何社会的政治、经济健康都是至关重要的，州在帮助家长应付不断增长的教育费用上所做的努力，恰能表明州确保其居民接受良好教育这一世俗目的。类似的，和其他州一样，明尼苏达州也能断言在确保教会的和非教会的私立学校的持续的财政健康方面，州存在巨大的公共利益。因为有大量的学生在私立学校接受教育，这些私立学校相应减轻了公立学校的负担，这一点也有利于所有的纳税人。此外，正如衡量私有电力公司的“TVA 标准”一样，私立学校也为公立学校提供了参照标准……

所有这些论述都为（明尼苏达州的法律）提供了正当性，……并且每一条理由都充分地满足 *Lemon* 案确立的对世俗目的考量。

因而我们将转向对更困难但更相关的问题的讨论，即明尼苏达州的法律是否“在推进非公立学校的教派化目的上产生主要的效果”。……我们的结论是否定的，我们发现明尼苏达州税收减征所具有的几点显著特征。第一，明尼苏达州这种安排的一个重要特性是，这种减征只是明尼苏达州税法规定的许多减征中的一种——比如医疗费用的减征，慈善捐助的减征…我们的判决一贯承认，从传统来说“立法机关在对税法作出分类和区分上有特别宽泛的调整范围。”……这部分地是因为立法者“对当地情况的熟悉”尤其能使他们“公平地分配税负”……根据我们以前的判决，明尼苏达州立法机关的教育费用的减征公平地分配了公民税负，鼓励了希望用于教育目的的花销，这一评价应得到实质的尊重。

该法第 290.09 条（22）款的其他特性也同样显示了这一条款的合宪法，最重要的一点是，教育费用的减征是针对所有家长的，无论他们的子女就读于公立学校，非教会的私立学校，还是教会的私立学校……

在这一方面，以及其他各方面，本案与 *Nyquist* 案中被推翻的计划有根本的不同。在后一案件中，相当于学费补助金的公共资助只提供给子女就读于非公立学校的家长。在我们的判决中，这一事实对于我们推翻有争议的纽约州法律分量非浅……并且，我们的判决也表明："公共资助（如奖学金）若不考虑受益机构是否是教会性的抑或公立的，而能得以普遍获取"（出处同上），就可能不侵犯不确立国教条款。我们认为明尼苏达州采用的税收减征措施更类似于后一种类型的方案，而不是 *Nyquist* 案中被推翻的那种安排。与 *Nyquist* 一案中受争议的资助不同，明尼苏达州减少了所有的家长用来教育子女的费用，而不论子女就读于公立学校还是私立学校……这是一个能够中立地向众多居民提供政府资助的方案，不会受到不确立国教条款的挑战。

我们也同意上诉法院的下述意见，明尼苏达州通过家长个人向教区学校提供任何的资助，都已经降低了"不确定国教宪法条款"本应对其约束的行为的反对。当然，以下看法是正确的，即：提供给家长的财政资助最终都会产生和直接向子女就读的学校提供资助相类似的经济效果。然而同样正确的是，根据明尼苏达州的安排，完全是由于学龄儿童的家长个人拥有广泛的、自主的选择，公共基金才是可以获得的。由于这些原因，在 *Nyquist* 案中，我们认为州以何种方式资助私立学校是重要的：在那一案中我们主张"资助是给予家长而非学校的这一事实"在分析不确立国教条款时应给予实质性的考虑，即使它只是"要予以考虑的许多事实的其中之一"（*Nyquist* 案，页 781）。值得注意的是，在我们最近所有的确认州对教区学校提供资助的行为为无效的案子，除一件外，都涉及州的资助直接流向学校。当然，这一例外就是 *Nyquist* 一案，正如前面已论及的，*Nyquist* 一案和本案在其他方面有显著的区别……

当然，不确立国教条款不仅限于禁止确立州立教会，或州向一个或多个教会提供基金。然而，我们也不认为这种禁止可以扩展到像明尼苏达州确定的这种税收减征措施。这一条款的历史意图显然不包括这种逐渐削减的财政补助，在本案中的争议中，这一财政补贴最终是由家长个人的独立选择所控制的，并最终从中立的税收补贴流向教会学校的……

最后，私立教育机构和支付子女就读于这些学校的家长为其所处地区作出了特殊贡献。"教区学校，除了他们的教会性目的之外，为数百万的美国青年提供了受教育的选择权。它们通常与公立学校展开良性竞争。在一些州，他们事实上缓解了营运公立学校税务负担。"……如果私立学校的家长选择享受明尼苏达州提供的资助所带来的益处，无疑是因为他们在教育子女上承受了非常沉重的金钱负担。更基本的是，任何归属于法定分类的不公平的效果，都能够大致被认为是一种利益回报，正如前面已论及的，这种利益是由子女就读于教会学校的家长向州及所有纳税人提供的。上诉人极力主张我们应对由于州法律而受补贴的人作经验性的考量，而根据上述探讨，我们认为不为这种类型的考量是较明智的。

因此，我们认为明尼苏达州对教育费用的税收减征与本院在涉及不确立国教条款的案件中确立的对主要效果进行考量的要求相契合……

（孙晔译　王笑红校）

（二）种族问题

9. 斯旺诉夏洛特—梅克伦伯格教育委员会（*Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 [1971]）

Brown v. Board of Education 案后的20年间，学校里废止种族隔离问题依然是一个不稳定的政治问题，极易卷入无穷尽的法律纠葛之中。在 *Cooper v. Aaron* 案之后，在20世纪60年代初期，联邦政府又不得不强力干涉数次。1964年，在 *Griffen v. County Board of Prince Edward County* 一案中，最高法院取消了州资助建立的一个私立白人学校体制，该郡在关闭公立学校时建立了这个体制（377 U.S. 218）。经过几年的骑墙观望，最高法院于1969年决定性地弃绝了"选择自由"方案，该方案事实上是保持传统种族隔离体制的伪装（*Alexander v. Holmes County Board of Education*, 396 U.S. 19 [1969]）。到那时为止，南方对法律上的隔离的抵制已经大大地减弱了，而事实上的隔离——在南方和北方都是如此——受到越来越多的攻击。城市居民的流动造就了一些白人和黑人相互分离的小区，他们是按照传统的就近模式（neighborhood patterns）入学的，在许多不同的城市，法院都命令建立大型巴士通学系统，以打破这些小区所导致的隔离体制。废止种族隔离又一次成为引起强烈争议的政治问题，这个问题在1968年被理查德·尼克松（Richard Nixon）和乔治·华莱士（George Wallace）所利用。在下面这个案子中，最高法院认可了一下级法院为北卡罗来纳州的夏洛特规定的巴士通学（busing）计划；在相伴的一个案子中，取消了一州禁止巴士通学的禁令（*North Carolina State Board of Education v. Swann*, 402 U.S. 43 [1971]）。但是最高法院随后对"斯旺原则"（the Swann Doctrine）做了重要的限制，如，它拒绝认可在黑人占主导的底特律的学校和主要是白人的郊区学校之间巴士通学计划（*Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 [1974]）。

首席大法官伯格（Burger）宣布法院判决如下：

在本案中，我们发出了调卷令，以审查与学校当局的义务、与联邦法院根据本院命令来废除那些州建立并维持的实行种族隔离的公立学校的权力范围有关的重要问题（*Brown v. Board of Education* (*Brown I*), 347 U.S. 483 [1954]）。

本案及与本案争论有关的其他案件发生在一些州里，这些州长期以来一直

在单一学校体制下维护着两套学校系统，这是有意执行一项仅仅依据种族而将学生分离在不同的学校的政府政策。这就是 *Brown v. Board of Education* 案的全部内容。这些案件给我们带来了这样的问题：以比此前更精确的语词来定义学校当局及地区法院在贯彻 *Brown I* 案和在执行立刻取消双重体制并确立单一体制的命令上的义务范围。同时，在本院的总体指导下，地区法院和上诉法院在数百件包含多种多样问题的案件中已经作了斗争。可以理解，在一个救济不断发展的领域里，这些法院因没有详细的或者专门的方针不得不临时准备，不得不去实验。本院在 *Brown I* 案中约略地处理了大的宪法原则，其他的联邦法院却不得不日复一日地与贯彻宪法命令的严峻棘手的现实作斗争。他们的努力有其必要性，包含了一个“试错”的过程，我们在努力制定有关指导方针时，必须将他们的经验考虑在内……

近 17 年前，本院曾以明确的字眼坚持认为，州在公立学校中实行种族隔离就是拒绝法律的同等保护。本院一直未曾一丝一毫地偏离这一立场和它的宪法基础……

本案的当事方没有一方质疑本院在 *Brown v. Board of Education*（*Brown II*），349 U.S. 294 [1955] 案中所持的立场：

“学校当局负有最起码的责任去阐明、评价并解决这些问题，法院必须考虑校方的行为是否构成对相关宪法原则的善意贯彻。由于与当地境况接近且有可能需要进一步的听证，原来审理这些案件的法院能最好地履行这一司法评价职能。因此，我们认为将这些案件发回这些法院是合适的……”

在 *Brown II* 案以来的 16 年间，在实施宪法所基本要求的州不能在公立学校实施种族歧视政策时遇到了许多困难。在我们国家 1955 年以前的经验中，还没有什么经验能让人们解决从他们自那以后遇到的重大而复杂的改变和调整。一些人对本院命令的蓄意抵制阻碍了其他人理顺学校体制的善意努力。这些拖延策略的细节和性质已经多次被本院和其他法院指出……

今天的目标依然是要在公立学校中消除州设置的种族隔离的所有痕迹。隔离是在 *Brown I* 案中被取消的违反宪法所保证的同等保护的罪恶，那是 *Brown II* 案的救济措施试图予以校正的违法行为。

如果学校当局未履行他们在法院的这些判决下的确定性义务，司法权威就应当被启动。一种权利和一种侵害一旦呈现出来，则一个地区法院救济不当行为的衡平权利的范围就是相当宽广的，因为广度和灵活度是衡平救济的内在要求……

在作出这种责任的分配之后，本院一再试图为地区法院法官的自由裁量权的行使和上诉法院的审查只提供某些指导方针。可是，一个学校废止种族隔离的案件与其他涉及为了纠正“拒绝宪法权利”给予衡平救济的案件并没有根本上的差异。这个任务是要通过权衡个人利益和集体利益来纠正违反宪法的情况。

即使试图以宽泛且一般的字眼来定义这种救济权力可以适用到什么程度时，记住司法权力只有当存在违背宪法的事件时才可以行使的，这是很重要的。救济性的司法权威并不自动地将法官置于拥有无限权力的学校当局的地位。司法权威只是在地方权威疏怠职责时才能介入。

学校当局历来都在制定并贯彻教育政策上享有广泛的权力，例如，它们可以很好地决定，为了让学生做好准备在一个多元的社区里生活，每一所学校都应该在黑人学生与白人学生之间维持一个一定的比例，这个比例反映的是整个

地区的人口比例。作为一项教育政策，这是在学校当局广泛的自由裁量权范围之内的，如果这样做时不存在违反宪法的情形的话，这项政策就不在联邦法院的权限之内。正如在所有关于衡平的案件中一样，违法的性质决定了救济的范围。如果学校当局怠于履行提供可接受的救济的义务的话，一个地区法院就应当享有广泛的权力来确定一种将保证单一学校体制的救济。

学校当局争辩说联邦地区法院的衡平权力受到1964年《民权法案》第4条（Title IV of the Civil Rights Act, 42 U.S.C. § 2000c.）的限制。第4条的措辞和历史表明，颁布它的目的不是为了限制而是为了定义联邦政府在执行*Brown I*案判决上的作用。它授权教育委员在地方教育委员会准备废止种族隔离计划时为他们提供技术援助，为进行废止种族隔离的努力的学校人员安排"训练中心"，甚至直接对学校颁发许可使其向单一体制平稳过渡。它也授权司法部长在特殊情况下起用联邦废止种族隔离小组。在《美国法典》第42编第2000c－6条中定义的"废止种族隔离"与第四条中所用的含义是一样的：

"'废止种族隔离'意指在分配给公立学校学生时，不考虑他们的种族、肤色、宗教和原国籍，也指当他们在校时也不考虑这些因素，但是'废止种族隔离'并不指为了克服种族不平衡而往公立学校分配学生。"

第2000c－6条授权司法部长提起联邦讼案，也包含了下面的限制性条款：

"这里的任何东西都不是要授权任何合众国官员或法院发布任何命令，以要求将小学生或中学生从一个学校运送到另一个学校，或者将学生从一个校区运送到另一个校区的方式，来获得每一学校的种族的平衡，或者以其他方式来扩大法院现有的确保宪法标准得到遵守的权力。"

从表面上看来，上面引用的这些条文仅仅是要确保1964年《民权法案》第四条的规定不被理解成是在授予新权力。第2000c－6条附带的限制性条款字面上意在排除将法案解释为扩大联邦法院现有的实施平等保护条款的权力的做法，它并没有说要限制这些权力或收回法院在历史上就享有的衡平救济的权力。第4条的立法历史表明国会担心的是，这一法案可能会被理解成它依据第十四修正案创造了一种在所谓的"事实隔离"的情况下的诉讼权，而这种种族不平衡在学校的存在并不能被证明是由州当局的歧视性行为造成的。简言之，在回答如何向州设置的违反*Brown I*案的种族隔离提供救济的问题上，该法案没有给我们提供任何实质性帮助。我们判决的基础必须是第十四修正案的禁止性规定，即"任何州不得对其管辖权范围内的任何人拒绝法律规定的同等保护"。

该案的核心问题在于学生的分配，实质上存在四个问题领域：

（1）种族平衡或者说是种族名额在多大程度上可以在一个救济令中被用作校正以前的隔离体制的工具；

（2）取消全黑人学校和全白人学校是否是废止种族隔离的救济程序的一个不可或缺的部分；

（3）作为一种救济手段而对校区和入学区进行重新安排的界限在哪里（如果它有界限的话）；并且

（4）使用交通设施来纠正州实施的种族学校隔离的界限在哪里（如果它有界限的话）。

以下逐条分析：

（1）种族平衡或种族配额

州在公立学校中推行的种族隔离是一种歧视，它违反了同等保护条款，这是自 *Brown I* 案至今的每一判决中的一贯主题和核心。法院提供的救济就是将双重学校体制摧毁。

在这些案件中，我们所关心的是消除根植于双重学校体制中的歧视，而不关心那些能够以多种方式引发种族、宗教、或者民族歧视的人类生活中的种种因素。自 *Brown I* 案迄今为止的所有案件指向的目标都是双重学校体制。消除公立中学中的歧视是一项重大任务，它不能因为了实现学校当局职权范围外的更多目的而被迟延。一辆交通工具只能运输数量有限的行李。试图以废除学校族隔离的案件来达到这些案件范围之外的目的，将无法实现 *Brown I* 案的重要目标，尽管废除学校种族隔离制度最终将影响其他形式的歧视……

我们解决这些案件中呈现出来的问题的目标，在于确保学校当局不因种族而将少数种族的任何一个学生拒斥于任何一个学校之外，无论是直接的还是间接的；这个目标没有也无法包括种族歧视的所有问题，即便这些问题导致了一些学校中种族比例不平衡。

本案中，地区法院给不同学校规定了从 71%—29% 的种族平衡要求，这一点被特别提了出来……

如果我们读一读地区法院的判决——该判决把某种特定水平的种族平衡或混合当作一项实质性的宪法权利来要求，我们就不会同意这种处理方式，且也有义务将其推翻。宪法要求在学校废除种族隔离并不意味着每一社区的每一所学校必须总是反映整个学校体制的种族构成。

如本案卷册繁多的记录所表明的那样，地区法院使用 71%—29% 比例的基础在于以下两个方面：第一，它的一个明确的调查结论（经上诉法院首肯，在这里也未受到挑战），该判定指出学校当局至少将双重学校体制保持到了 1969 年；第二，它的另一个调查结论（业已经上诉法院首肯），该结论指出学校委员会完全怠于履行其公认的提交一份自己制定的可接受的计划的义务，尽管地区法院的法官至少三次耐心地督促该校委会提交计划……

我们因此可以看出，使用纯数学上的比例仅仅是提供救济过程的起点，而不是一个不可更改要求。从这一起点开始，地区法院进而作出了在其自由裁量权范围内的一条命令，作为该案特定情况的一种衡平救济。就像我们在 *Green* 案中所说的，学校当局的救济计划或地区法院的救济命令应当根据它们的实效来判断。认识到整个学校体制的种族构成有可能成为提供救济以校正过去发生的违反宪法的行为的起点。总之，此种对纯数学上的比例的有限使用处在地区法院的衡平救济自由裁量权的范围之内。

（2）单一种族学校

本案的记录表明存在着一种大家都熟悉的现象，即在大都市中，少数民族群体通常集中在城市的某一部分。在某些情况下，一些学校的学生全部或大部分都来自一个种族，直到提供了新的学校或者就近入学的方式发生了改变。在一个种族杂居的城区内，就要求对单一种族学校或某个种族占主导的学校进行细致的审查，以确保学校的学生分配不是州支持的种族隔离的一部分。

从以上我们可以清楚地知道，某个城区内存在少数的单一种族学校或几乎是单一种族的学校这个事实本身，并不必然是它还在根据种族隔离的法律实施

种族隔离体制的标志。地区法官或者学校当局应当尽最大努力在最大程度上废除种族隔离，这样他们就必然会关心消除单一种族学校的问题。没有一条规则其本身就能完全解决使相冲突利益完全和解的所有困难；但在一个有着隔离历史的体制里，为确保学校当局服从其宪法义务而产生的对足够确定的救济标准的需要，就足以那种为不利于那些存在实质性种族不平衡的学校的假设提供正当理由。学校当局提出的将双重体制转变为单一体制的计划一旦认为，某些单一种族学校或单一种族占主导地位的学校可以继续存在，他们就有责任证明，此种学校分配确实是非歧视性的。法院应该审查这样的学校，学校当局的举证应合乎法院的要求，即学校当局必须证明这些学校的种族构成不是他们现在或以前的歧视行为的结果……

（3）对入学区的救济性改变

在这些案件中提交的地图表明，学校的规划者和法院为打破双重学校体制而使用的主要工具之一是直接（有时甚至是激烈地）改变校区和入学区的划分。此外，它们同时还采取了另一个步骤：将学校进行“分类”，有意地进行入学区分配，以达到将黑人学生从先前被隔离的黑人学校中转出来，同时将白人学生转入先前的纯黑人学校的目的。这些区域既不紧凑也不毗连是再经常不过的事了，事实上它们可能处在这个城市的两端。作为一个临时性的纠正措施，进行这种安排不能说是超出了法院广泛的救济权力范围。

如果不存在违反宪法的行为，法院以种族因素为基础而命令进行学生分配就没有什么基础。如果所有的一切都是平等的，也没有发生种族歧视的历史，那么，将学生分派到离家最近的学校里去，这是很可取的。但在一个为实行种族隔离而建立并维持的制度里，所有的一切却都是不平等的。对这种种族隔离进行救济在管理角度上很笨拙的、不方便的甚至在某些情况下是很奇怪的，会给一些人带来负担；但是，在正准备作出救济性调整以消除双重学校体制的这样的一个过渡时期，所有的这些笨拙与不方便都是不可避免的。

在法院能在这个问题上走多远上，确定的或基本上确定的规则还无法确立，但限制是肯定存在的。目标是要摧毁双重学校体制。学校当局向地区法院提交的“种族中立”分配方案可能是不充分的；这样的方案可能不足以消除以往学校隔离的持续影响，这种影响来自于为达到或维护人为的种族隔离而进行的歧视性学校选址，或者来自于学校规模的扭曲……

我们认为，非毗连校区的搭配和分类是一个可以使用的工具，而在力图实现我们的目标的过程中，是可以考虑采取此种行动的……

（4）学生交通

作为执行救济法令的一项工具的学生交通的许可范围，本院从未确定过；且就该问题的性质而言，它也不可能被精确地确定。我们无法就学生交通问题作出一种严格的指导方针，该指导方针能对源自成千上万种情形的无尽问题统统适用。公共汽车交通成为公共教育系统的的一个组成部分已经有不少年了，并且它可能是使一间房校舍转变为稳固的学校的惟一一个最重要的因素。在1969年到1970年间，在全国各个地方，有一千八百万公立学校的孩子，约占全国学生总数的39%，是由公共汽车运到学校的。公共汽车交通作为一个通常的和可接受的教育政策的工具的重要性是显而易见的……夏洛特校方直到1965年才按照地理区划分配学生，并且即使那时，他们还允许了几乎无限制

的转学特权。地区法院曾断定，将学生分配到离家最近的且有符合他们的年级的学校里去，将无法有效瓦解双重体制，这个结论得到本案相关记录的证明。

因此，地区法院的命令中运用的救济技术，处在法院提供同等救济的权限之内，实施该命令也完全处在学校当局的职权范围之内。

该命令规定，用来贯彻该方案的公共汽车将走直达线路。学生将在离家较近的学校被接上车，然后被运到他们上学的那个学校。这样，小学生的行程平均约七英里左右，地区法院发现，他们所花的时间“最多超过35分钟”。这种制度比夏洛特以前实行的运输方案更好。根据以前的方案，每天有23600名各年级的学生要被平均运送15英里的路程，光单程就需要一个小时以上。在这种情况下，我们发现主张可以不要求地方学校当局采用公共汽车交通作为废除学校种族隔离的一种工具是没有根据的。废除种族隔离的计划不能仅限于走读学校。

当行程要花的时间且距离太长，以至要么冒着孩子们的健康的危险，要么明显地冲击了教育进程时，反对进行此种学生交通可能会有合法性……

就本案事实而言，我们不能得出结论，说地区法院的命令是不合情理、不可行且不可采用的。可是，在一个如我们在这里处理一样敏感的区域里，在试图确定救济权力的范围或法院救济权力的界限的过程中，要表达出“平等”所固有的基本公正性，语词这种工具是非常贫乏的。是实质内容而非语言符号应当决定一切，而我们已经试图在不损害“平等”的适当范围的情况下来揭示界限的性质了。

在某一天，这些及类似的学校当局应该完全符合本院在 *Brown I* 案中的判决。这样，学校体制才会在我们在 *Green* 案和 *Alexander* 案中的判决所要求的意义上成为“单一的”。

这并不能推导出这样的结论，即此种体制所服务的社区将在人口上保持稳定，因为在一个不断发展的流动的社会里，几乎没有哪个社区做得到这一点。一旦废除种族隔离的确定性的义务得到履行，并且一旦通过官方行为作出的种族歧视被从这个体制中剔除，则在宪法上，学校当局和地区法院都不能被要求每年都来调整学生种族构成。这并不意味着联邦法院没有权力解决将来的问题，而是说，当不能证明学校当局或州的其他机构试图有意固定或改变人口构成以影响学校的种族构成时，地区法院的进一步干预就是不必要的。……

（史大晓译　邓海平校）

10. 华盛顿市诉戴维斯案（*Washington Mayor of Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 [1976]）

推动就业机会平等遇到了极其严重的宪法问题。主要是出于对下述司法判决——非歧视性要求无法总是通过公正程序得到满足——的回应，联邦政府和州政府需要制定各种各样的与雇佣和

提职有关的计划。1971 年，最高法院认为，公司要求其雇员必须有高中文凭并且要参加一般智力测试的行为是对黑人的歧视，因为黑人申请者缺乏和白人同样的获得技能的机会。首席大法官伯格（Burger）说，不管其意图怎样，此类智力测试的结果是歧视黑人的，而且他认为所有的职业测试应当是与工作有关的。（*Griggs v. Duke Power Co*. 401 U.S.424 [1971]）。5 年以后，最高法院显示出“反向歧视（reverse discrimination）”的迹象，在 *McDonald v. Santa Fe Trial Transportation Co*. 案中，两个被控犯有盗窃罪的白人雇员都被解雇，而另一位黑人共犯却未被解雇，最高法院判定这是非法歧视，它违反了 1964 年《民权法案》第 7 条（427 U.S. 273 [1976]）。与 *Griggs* 案相比，下述案件是个大倒退，它说明解决救济方案合法性问题的复杂性。

大法官怀特（White）宣布法院判决如下：

本案涉及一个资格考试的合法性的问题，举行这次考试的目的是从求职者中选拔出哥伦比亚特区大都市警署警官职位的合适人选。地区法院支持这一考试，但上诉法院认为这次考试不合法，我们同意地区法院的观点，因而推翻上诉法院的判决。

根据地区法院的调查资料和结论，我们知道，要想进入警署并参加一个为期 17 周的集中训练，求职者必须满足特定的体能和性格特征的要求，必须是高中毕业或具有同等学历，在“测试 21”（Test 21）中至少要得 40 分（总分是 80 分）（这个测试是由“公职委员会而不是警局设计的”，通常用于联邦公务员系统的考试，“用以测试语言能力、词汇量、阅读理解水平”。）……地区法院认为，被告的证据说明了三点：“（a）即使黑人警官的数目不小，但仍然难以与黑人在本市中所占的比例相匹配；（b）没有通过测试的黑人比例高于白人；（c）对于衡量今后的工作表现，这项测试并未有效树立其可靠性。”……

[巡回上诉法院认为]……在设计和举行测试 21 时，是否存在歧视意图无关紧要，关键的问题是有过高比例（比白人高出四倍）的黑人未通过测试。这种不合比例的影响就其本身而言，无须考虑它是否表明了歧视目的，已构成违宪的充分理由。上诉人未能证明测试不仅能够为应试者在训练计划中能否成功提供参考，而且是判定工作能力的合理方法。上诉法院判定上诉人举证失败……

联邦宪法第十四修正案平等保护条款的核心是防止官方的种族歧视行为。第五修正案正当程序条款确实也包含平等保护的成分，它禁止美国恶意区别对待个人和团体……但是，我们的案例中不包含有这样的观点，法律或其他官方立法，不论是否反映了种族歧视的目的，只要它产生基于种族的不合比例的影响，就判定其违宪。

大约一百年前，*Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303（1880）案确立了下述规则，在刑事程序中，把黑人排除在大陪审团或小陪审团之外，违反了平等保护条款。但是下述事实，即某一陪审团或某些陪审团的组成在数据上未能反映该社区的种族构成，本身并不构成平等保护条款所禁止的恶意的歧视。

“歧视的意图必须表现在：由于对某一种族权利的剥夺，适格的陪审员被系统地排除在外；法律被不公允地运用以致显示出有意的歧视”。……

在一些别的案件中也体现出同样的规则。最高法院在 *Wright v. Rockefeller*, 376 U. S. 52［1964］案中，判定纽约州国会的一项有关议员人数分配的立法有效，驳回那种认为选区的划分是带有种族偏见的主张。受质疑的选区主要是由白人或少数民族组成的，但选区界限的划定是无规律的。原告未能获胜。因为他们未能证明纽约州立法机构“是受种族歧视动机的驱使或事实上是以种族为标准划分选区的。”原告也未能证明该法规是“州图谋实行基于种族或出生地的隔离的产物。”（同上，即 *Wright v. Rockefeller*，页 56，58。）反对意见也同意问题的关键在于“界限的划定是否是……故意以种族为标准的。”（同上，页 67。）

学校反种族隔离的案件也突出了一条基本的平等保护原则，即只有在溯其根源可找到种族歧视意图时，具有易招怨恨性质的法律才能被看成是种族歧视性立法。在某一社区中，单单是存在黑人为主或白人为主的学校这个事实本身并不违反平等保护条款，法律上的隔离的根本要素是“现存的隔离情势源于州的故意行为。”（*Keyes v. School Dist*. No.1, 413 U. S. 189, 205［1973］）。法律上的隔离和所谓事实上的隔离的不同……在于前者存在隔离的目的和故意。（同上，即 *Keyes v. School Dist*，页 208）……

这并不是说必要的种族隔离目的必然表述和体现在立法的语言上，也不是说，在涉及借宪法为根据主张种族歧视的案件中，法定的不合比例的影响是无关紧要的。法律在其表面就应当是公正的，不应当在适用时以种族为标准恶意地予以歧视。参见 *Yick Wo. v. Hopkins*, 118 U. S. 356［1886］。这一点也可以从下述有关种族歧视的案件中得以明确。在这些案件中，对陪审团的选择把黑人系统地排除在外，这一事实本身即“如此不平等地适用了法律……以至表明了歧视的意图。”……由于陪审委员会没有被告知该社区的适格黑人陪审员或陪审员的选择程序有种族色彩、不公正，导致某一陪审团的组成没有黑人。这样的案件也是有歧视意图的表面上证据确凿的案件……只要有表面上证据确凿的案件存在，“则举证责任倒置，由州举证反驳州行为违宪的主张，证明是合法的种族中立的选择标准和程序导致了这种组成单一的结果”。……

恶意种族歧视的故意必然能够从所有相关事实中推导出来。如果这种认识是正确的，那么它也包括这样的事实，法律对某一种族比对另一种族更严苛。下面的看法也常常是正确的，区分性的结果——例如陪审团案件中，黑人被严重不合比例地或完全从陪审团中排除——会确切无疑地被看成违宪。因为在许多时候，区分是难以用非种族的理由加以解释的。但是，我们并不认为，一条法律（语言上是中立的，服务于政府权力范围内所追求的目标）仅仅因为它对一个种族比另一个种族影响的人数更多就会违反宪法平等保护条款并从而归于无效……

在我们的判例中，有些观点与此相左。在 *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217［1971］案中，依据一项法庭的裁决，密苏里州杰克逊市除了五家市立游泳馆，在所有的公共服务设施中取消种族隔离。为了执行法庭裁决，根据一项与市政委员会的决定相一致的法令，这五家游泳馆都关闭了。理由是为了维护和平与秩序，以及无种族界限的游泳馆的运行会带来经济上的损失。接

受了以下事实，即：游泳馆的关闭是为了免于违法和经济损失，最高法院反驳了下述主张，即放弃这种服务与重要的反隔离裁决相背，而且，由于是种族歧视的恶意促成了市政委员会的行动，所以这一表面上服务于可接受的目的的法令应给予指责。最高法院的理由是，该市既未公开、也未偷偷地运营种族隔离性的游泳馆，而是同等对待白人与和黑人。判决特别指出不得以立法目的和动机作为判案的依据，因此它支持这样的主张——法律的执行效果而非其目的才是决定性的因素。但是，该案认为，法令的目的合法（维护和平与秩序），而且没有证据表明市议会议员他们确实受到种族因素的影响，所以该法令无可指摘。不管该判决有怎样的权威的意涵，这一判决没有涉及目的中立但出现不适当的种族方面后果的法规或法令，更别说判决其无效……

测试 21 是普遍用以测试未来的政府雇员的，一般认为举行这种考试的目的是判定参加者是否具备相当水平的口头表达能力。宪法不会阻止政府采取适当措施以提高其雇员的沟通能力以免雇佣水平低、不称职的雇员，特别是在工作对口头和书面表达有特殊要求时更是如此。不论没有通过考试的是黑人还是白人，都不能主张这种考试违背了平等保护原则。即使有证据表明与白人相比，更多的黑人未能通过测试 21 也不会对上述结论有丝毫影响。即使那些没有取得好成绩的黑人，也不能说这一有效的测试未来警员的考试由于拒绝给予被告平等保护的权利而无效。

从本案提交的有关事实也不能得出下述结论，测试 21 不合比例的后果有歧视黑人的预谋，所以它损害了被告也损害了其他应聘黑人的宪法权利。正如我们已经指出的那样，考试表面上是中立的，而且可以合理地认为它为已获宪法授权的政府所追求的目的服务，虽然我们和地区法院一样认为，测试 21 对不同种族产生的影响有待进一步调查。我们还是认为地区法院已正确地指出大都市警署在招收黑人警员方面作出了确切的努力，以及在军队和警察中种族构成的变化，而且测试和训练之间的联系推翻任何下述指责：警察局实行种族歧视，“合格的警员是依据他的肤色而不是能力确定的……”

根据民权法案第七条，国会认为，如果人们质疑在雇佣和提升中过当比例地取消了黑人的资格却又找不到为此必须证明的歧视意图，那么这一质疑在其合理依据方面是不充分的。当然，此外，这些雇佣和提升中的做法若以工作业绩为尺度，那么它即是合法的。譬如，这些做法确立了职务所需的最低限度的技术、能力和潜质，明确了资格考试是否有利于选拔出合适的人选。不管它采用怎样的程序，它不涉及，在没有歧视目的却产生特殊的种族后果的情况下，以宪法为由提出主张是否合适，而是更多地牵涉到对考官和行政主管貌似合理的行为进行司法审查，而不是顺从他们。我们在诸如本案的案件中，不会为了适用宪法第五、第十四修正案而有意采用更严格的标准。

一条目的公正的法规，如果实际造成某一种族获益增加（负担加重）就归于无效没有强迫执行的合理性，若把这种做法确定为规则，将会产生广泛而深远的影响并引发严重问题，它会导致税收、福利、公共服务、管制和许可证方面的大量法规失效。因为它们使穷人和普通黑人的负担比富裕白人重得多。

认可那条规则，这种后果就可能随之而来。但是，我们认为，把那条规则扩展于已由法规规定的领域之外（例如在政府雇佣领域）还有待立法来确定。

我们已经指明，依据宪法第五修正案，本院不能指导此案作出简易判决。

我们还认为，上诉法院本应维持地区法院的判决，在判决中采纳原告和联邦政府方当事人予以简易判决的动议。被告既不能从宪法也不能从一般法规中寻求获取救济的理由……

（汪庆华译　王笑红校）

（三）被告的权利

11. 哈里斯诉纽约州（*Harris v. New York*, 401 U.S. 222 [1971]）

米兰达规则尽管澄清了 *Escobedo* 案判决所存留的问题，却加剧了警察和检察官认为法院对罪犯太过“手软”的抱怨，激增的犯罪率和诸如米兰达案判决的作出存在着某种表面的、不确定的联系。在 1968 年的总统竞选中，尼克松（Nixon）承诺将恢复“法律和秩序”，同时他将任命能够纠正沃伦（Warren）大法官时期所作判决的最高法院大法官。他批判道：“那些大法官严重削弱了我们社会中维持安定的力量从而增强了犯罪的力量。”到 1971 年，在尼克松提名推荐了两名新法官后，以下的案子显示出对米兰达规则的明显放松。*Harris v. New York* 案涉及缺乏米兰达宣告而获得的坦白的可接受性问题，几个月后，当尼克松所提名的两位大法官候选人鲍威尔（Powell）和伦奎斯特（Rehnquist）的任命得到证实后，最高法院两种意见势均力敌的局面得到了迅速的改观，进而导致了对米兰达规则的进一步侵蚀。例如，在 *Kirby v. Illinois*, 406 U.S. 682 [1971] 和 *United states v. Ash*, 413 U.S. 300 [1973] 的案件中，法院主张在预审阶段警察进行验明正身的安排无需律师在场。

首席大法官伯格（Burger）宣布法院判决如下：

我们准予本案上诉，以考察申诉人的这一请求，即依据 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 [1966] 一案，由申诉人向警察所做的供述由于获取的情境而不能作为主控的证据，亦不能用来指控申诉人的可信度。

纽约州针对申诉人两次向便衣警察出售海洛因的行为而提起包含两项罪状的公诉。在接下来的陪审团听审中，这位警官是州的主要证人，他提供了关于这两次交易详细情形的证言。另一名警官补充了其他相关细节，第三位警官提供了对海洛因化学分析的证明。

申诉人为自己作了辩护。他承认认识这位便衣警察，但拒绝承认于 1966 年 1 月 4 日做过交易。他承认于 1 月 6 日曾卖给这位警官一塑料袋东西，但声

称那些是烘干的面粉，其意在欺骗顾客。

在交叉质询阶段，申诉人被多次问到在 1 月 7 日被捕后是否向警方作了详细的供述，该供述与其在庭上的供述有部分的矛盾。申诉人回答说，事实上他已不记得检察官所列举的任何问题或答案，在申诉人辩护律师的要求下，这份记载检察官在指控程序中所读出的问题和答案的书面证言已被收入档案，供将来可能的上诉之用。这份证言没有呈送陪审团阅读。

主审法官指示陪审团，这份检察官用来指控申诉人的证言仅能够用来考察申诉人的可信性，不能作为有罪的证据。在结案陈词中，双方律师针对该指控证言的实质展开了争论。接着，陪审团认为申诉人被指控的第二项罪状成立。纽约上诉法院维持了这项判决。……

在审判中，控方没有使用这份据称是申诉人供述的证词作为其主要证据，因为他们承认根据 *Miranda v. Arizona*，384 U.S. 436 [1966] 案，这不具有证据的可接受性。这份在指控程序中使用但未呈交陪审团的讯问笔录，显示了申诉人在被拘捕后进行询问之前，没有被告知享有聘请律师的权利。申诉人没有声明其向警察的供述是被诱导的或被强迫的。

对米兰达案判决中的一些评论确实可被解读为禁止将任何无律师在场的供述用于任何目的，但此问题的讨论对法院的裁决并非必要，不能被认为具有拘束力。米兰达规则禁止控方使用被告在拘禁中于行使或有效放弃聘请律师的权利之前所作的供述。但从米兰达规则并不能推论出，不能被主要用来指控被告的证据就被禁止用于所有目的，当然这须以该项证据的可信度已满足了法律的要求为前提。

在 *Walder v. United Sates*，347 U.S. 62 [1914] 一案中，法院允许一项不能作为主控证据的物证用于指控的其他目的：

> "认为政府不能使用经由非法手段获得的证据供定罪之用这是一回事，但由此认为被告可将政府用以获取证据的非法手段转化成自己的优势，进而为自己的谎言被批驳时提供保护伞，那就完全是另一回事了。对 Weeks 规则作如此的扩张是对第四修正案的误用。"
>
> "允许被告利用政府不能质疑其可信度的弱点，而明目张胆的作伪证是毫无公正而言。"

的确，*Walder* 案是依据直接讯问时获得的间接证物而起诉的，而本案的申诉人是依据与其被控罪责更为直接相关的证据而被起诉的。但我们并不接受这是实质的不同，从而其结论也应与法院在 *Walder* 一案中所得的结论相异。申诉人针对 1 月 7 日事件的辩护词与他在被捕后向警方的供述完全不同。这里的指控程序无疑为陪审团评价申诉人的可信度提供了有价值的帮助，因此在我们看来，不能仅因为这项程序存在鼓励警察不当行为的可能性，就忽略其优点，基于证据排除规则对违法的警察行为具有阻遏作用，那么被质疑的证据不能用作控方的首要证据已提供了足够的阻遏力量。

每位刑事被告均有权提供有利于自己的证言或拒绝这样做，但这项特权不能被解释为包含作伪证的权利。……申诉人既然已自愿采取了一个立场，他便有义务真实而准确地陈述，而控方在这里只不过用采了对抗程序中进行真相检

验的传统方式。一旦被告向第三人作出了不一致的证言，不准通过交叉质询和控诉的方式将此种冲突呈现在陪审团面前是毫无说服力的。

米兰达规则所提供的保护不能被曲解为允许以伪证作为辩护手段，而且可免遭与先前不一致的言辞相对质的危险。因此我们认为，用其前后矛盾的证言来质疑申诉人的可信度是适宜的。

* * *

大法官布莱克（Black）、代表自己和大法官布伦南（Brennan）、大法官道格拉斯（Douglas）和大法官马歇尔（Marshall）提出异议：

大家一致同意，根据 *Miranda v. Arizona*，384 U.S. 436 [1966] 一案，将这段用来质疑申诉人法庭证言的问答陈述作为州对申诉人直接指控的一部分，这在宪法上是不可接受的。我认为宪法同样禁止州在交叉质询中使用这段证词来质疑申诉人辩护证言的可信性。……

防止不当警察行为这一目标仅是维护我们抗辩制度的完整性这个更大目标的一个组成部分。这个制度的“中流砥柱”是在 *Miranda v. Arizona*，384 U.S. 436 [1966] 一案中体现的无需自证其罪的权利，它在这个国家诞生之前就已在我们的法哲学中占据了核心地位。更进一步讲，“我们把这项权利的历史发展视作探寻政府管制公民的权力范围的过程。……所有这些政策都体现了一种压倒一切的观念：即该权利的宪法基础是政府必须服务于其公民的尊严和正直。”如果那些有污点的证据被例外地用于控诉的目的，这些价值将遭到明显的侵害。而且，法院对那些违法警察的帮助或纵容是极其可怕的。有句话是永恒的真理，即“没有什么比政府不遵守自己制定的法律或者甚至无视自己赖以存在的宪章，能更快地使自己倒台”。（见 *Mapp v. Ohio*，367 U.S. 643，659 [1961]）。因此，即使只考虑米兰达规则的防止违宪警察行为的目标，我也担心今天的决定将严重阻碍此项目标的实现。法院今天的判决无异于告诉警察，他们能在律师不在场的情况下自由盘问被拘禁的被告，并且知道他们违反米兰达规则所获得的供述尽管不能用于州的直接指控中，却也能在被告胆敢为自己辩护时派上用场。这将大大破坏为促进警察行事符合宪法而取得的进步。我不能同意。

（王瑛译　王晴校）

12. 格里高诉佐治亚州案（*Gregg v. Georgia*，428 U.S. 153 [1976]）

一场兴起于美利坚合众国要求废除死刑的运动可追溯至19世纪。到了20世纪中叶，死刑的数目已缩减到只涵盖一级谋杀、绑架、强奸和叛国等案件。传统上废除死刑运动分散发生于各

州，但20世纪60年代中民权运动的迅速全国化提出了许多这样的挑战，即死刑违背了第八修正案禁止残酷及非常之刑罚的条款。另一重点在于，统计数据清晰地显示出穷人和少数民族在被判死刑的人数中占了不相称的巨大比例。死刑的支持者则以死刑阻吓论进行反击，认为法律与秩序的维护离不开强硬的刑罚。在*Furman v. Georgia*，408 U.S. 238［1972］一案中，法院以微弱多数宣布州执行死刑是违宪的。但在主张该判决意见的三位法官之间亦存在着严重的意见分歧，只有大法官布伦南（Brennan）和马歇尔（Marshall）主张所有死刑均违反第八修正案。重要的是，四位由尼克松Nixon任命的大法官均表示反对，同时另外两名大法官斯图尔特（Stewart）和怀特（White）之所以加入了多数意见，只因为他们反对法院以任意的、非理性的态度来判处死刑。但在四年之内，超过35个州和国会均颁布了包含死刑的新立法。公众民意测验显示了对这些新立法的强烈支持。这种新的立法立场和公众情绪的混合导致了法院于1976年7月以绝对多数推翻了*Furman*一案的判决。在一连串的五个判例中，法院清楚地指出死刑并非非常及残酷之刑罚。但在*Woodson v. North Carolina* 428 U.S. 280［1976］和*Roberts v. Louisiana*，428 U.S. 325［1976］两个案例中，绝大多数法官拒绝接受对某类案件必须实行死刑的作法。在下面的*Georgia*一案，连同来自佛罗里达和得克萨斯的同类案件中，三名犹疑不决的法官最终加入了主张尊重这些案件中的立法决定的法官行列，因为他们发现州已为实施死刑提供了理性与公正的尺度。这里没有多数意见，但斯图尔特大法官陈述了他自己的和其他两位犹疑不决的法官的立场，他们显然是这五个判决中的平衡力量。

大法官斯图尔特（Stewart）宣布法院判决如下：

对谋杀罪执行死刑在美国和英国均有很长一段历史时期。普通法规定对所有被判有罪的谋杀犯均应强制执行死刑。……并且直到进入20世纪，绝大多数的州仍然使用这项刑罚，尽管这项普通法规则的适用范围已有所缩减，起初是限制应处死刑的谋杀类别，接着是广泛适用授予陪审团减刑裁量权的法律。……

从宪法本身的文本看来，很明显死刑的存在获得了制宪者的认可。在第八修正案获得批准的时候，死刑在各个州均是普通的刑罚。事实上，美利坚众合国的第一届国会即颁布了对特定的犯罪规定了死刑的立法。……

约两个世纪以来，本院多次且通常明白地确认死刑在本质上并非违宪。在*Wilkerson v. Utash*，一案中，法院认为以公开枪决的方式来执行死刑并未违反宪法，它说：

> “残酷及非常之刑罚为宪法所禁止，但可供参考的先例已充分地显示，对一级谋杀罪采用枪决的死刑执行方式并不包含在第八修正案所意指的范畴之内。”

法院在 *In re Kemmler*，136 U.S. 447 一案中亦抛弃了电刑是“残酷及非常”刑罚的观点，重申：

> “……在宪法使用该词所意指的范围内，死刑的惩罚并不残酷。残酷所指的是一些非人的和野蛮的行为，并不仅指结束生命。”……

今天在法庭上，这些死刑案件的上诉人重申了“正当性标准”的理由，但自 *Furman* 一案后四年来的发展已实质性地瓦解了他们这一观点所依附的前提。尽管从 19 世纪以来一直存在对死刑的道德性与有效性的争论，但显而易见，美国社会的绝大部分人仍旧将其视作一种适宜和必要的刑罚。

社会赞同对杀人犯判处死刑的最显著的标志是针对 *Furman* 一案的立法回应。至少 35 个州的议会颁行新的立法，至少对一些导致他人死亡的犯罪规定了死刑处罚。同时美国国会于 1974 年颁布了一项立法对劫机致人死亡者处以死刑。……

在仅有的一次自 *Furman* 案后发生的、引起我们关注的州全民公决里，加利福尼亚人民通过了一项批准极刑的宪法修正案，在事实上否定了一项由加利福尼亚最高法院先前作出的判决，即死刑违反了加利福尼亚宪法。……

据说死刑服务于两项主要的社会目的：报复以及阻吓潜在的死罪犯罪人。

在某种意义上，极刑是社会对过份逾矩行为进行道德谴责的表达。这项功能也许并不为多数人所青睐，但这对一个要求其公民依赖法律程序而非自助行为去调怨解纷的有组织社会来说是至关重要的。……

以数据资料去证明死刑具有阻吓潜在犯罪的功效，这一尝试时常引起巨大的争论。其结果尚无定论。……

死刑对阻止犯罪所具有的效用是一个复杂的事实问题，较适合由议会来解决，因为他们能依据自己的地方特点和一些法院无法掌握的灵活方式对数据的研究结果进行评估。……事实上，许多在 *Furman* 一案以后的立法均反映出这样一种负责的努力，即界定死刑最能有效震慑的那些犯罪和罪犯种类。

总而言之，我们不能认为，佐治亚议会作出的认为极刑在某些案件中可能必要的判断是错误的。基于联邦体制，加之尊重州议会依本州特殊情况对关于死刑的道德共识及其作为刑罚的社会效用进行评估的能力，我们应得出以下结论：由于缺乏令人信服的证据，所以以死刑作为对谋杀的惩责并非不具有正当性，而且也不具有导致违宪的严酷性。……

我们主张，如果不考虑犯罪的情形、罪犯的特征及判处死刑的程序，那么死刑并非一种永远不能采用的刑罚。

现在我们考察佐治亚州是否应对本案的上诉人判处死刑。

尽管 *Furman* 一案并没主张执行死刑本质上违反了宪法禁止非常及残酷之刑罚的条款，但其确实指出死刑与我们刑事司法系统中具有的其他刑罚存在着属性上的差异。由于死刑的独特性，*Furman* 一案主张，其不能在具有以武断任性的方式适用的实质危险的量刑程序中使用。……

Furman 一案要求，如果量刑主体有权在剥夺或赦免一个人生命的重大事件中做出裁量，那么此项裁量权必须被引导和限制在将导致武断和任性行为的可能性缩小到最低限度的范围内。……

现在我们转而考虑佐治亚州死刑判决程序的合宪性。继 *Furman* 一案后，佐治亚州修改了关于死刑的立法，但并未缩小其谋杀条款的范围。（见前述第二部分）。因此在佐治亚州，与 *Furman* 一案之前一样，“当一个人非法地和怀有邪恶预谋地——不论是明示地或暗下地——导致了另一人的死亡，则此人犯有谋杀罪”。一切被判犯有谋杀罪的人“将被处以死刑或终身监禁”。（26-1101（c）[1972]）。

不过，佐治亚州确实通过细化出 10 项法定的从重情节而着手缩减了应被处死刑的杀人犯的种类，只有当陪审团对某一项从重情节达成超出合理怀疑的确信时才能宣判死刑。此外，陪审团被授权考虑其他一切适当的从重与从轻情节。陪审团在提出对法庭有约束力的减刑建议时不要求必须指出从轻情节，但其建议适用死刑时必须找出一项法定的从重情节。

这些程序要求陪审团在作出量刑建议之前必须考虑犯罪的具体情节及罪犯的情况。佐治亚州最高法院的陪审团再也不能像 *Furman* 案中的陪审团那样，在作出被告有罪的裁定后，在无任何指导或说明的情况下即决定他的生死。相反，陪审团的注意力被引导到这项犯罪的特殊情节上：该犯罪是在从事另一项可判死刑的重罪的过程中进行的吗？犯罪的动机是为了金钱吗？是针对治安警官或司法人员的犯罪吗？犯罪的手段是否极其残忍或威胁了许多的生命？此外，陪审团的注意力还集中在犯罪人的个性特征上：他是否有重大犯罪记录，是否有关于他的阻止执行死刑的特殊从轻情节（例如年龄、与警方的合作程度、犯罪时的心理状态等）。结果，尽管陪审团仍然保有一些自由裁量权，但“裁量权的行使受到了清晰及客观的标准的限制，从而保证了刑罚的公正适用”。……

作为防止武断与任意的另一项重要保障，佐治亚制定法体制中规定，州最高法院对所有死刑案件自动复核。法律要求该法院复核每宗死刑案件，判断死刑的作出是否基于激情或偏见，是否有证据支持陪审团对法定从重情节的认定，以及与其他同类案件的量刑相比，本案的量刑是否不相称。……

简而言之，佐治亚州新的量刑程序要求将基于犯罪情节或被告特征的陪审团的特殊裁决作为适用死刑的先决条件。而且，为了更好地防范类似 *Furman* 一案的情形再次发生，佐治亚最高法院对有相似情况的死刑案件在量刑上做比较，以保证具体案件的死刑判决并非与整体不相称。至少在表面上，这些程序似乎已满足了 *Furman* 一案提出的要求。

Furman 一案的基本关注点在于那些被任意或武断地宣判死罪的被告。在该案的法庭诉讼程序中，量刑机构没被引导关注犯罪的性质或情节，以及被告的人格特征或犯罪记录。由于缺乏引导，陪审团是以一种只能被称为异想天开的方式判处了死刑。相比之下，佐治亚州新的量刑程序将陪审团的注意力集中于每位被告独特的人格特征。尽管陪审团有权考量一切从重或从轻情节，但其必须在发现并确认至少一项法定的从重情节后才能裁定适用死刑。通过这样的方式，陪审团的自由裁量权就得到了制约。陪审团再也不能随心所欲、无所限制地判处死刑了，它总是要受到法律规定的指导方针的制约。此外，佐治亚最高法院的复核机制也进一步保证，促使我们判决 *Furman* 一案的相关因素不会再出现于这里所适用的佐治亚死刑程序的任何重要阶段中。

基于以上意见所阐述的理由，我们认为，格里高（Gregg）被判死刑所依

据的制定法并没有违背宪法。相应的，佐治亚州最高法院的判决应予维持。

（王瑛译　王晴校）

（四）隐私权与人身关系

13．格里斯沃尔德诉康涅狄格州（*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 [1965]）

关于"隐私"的宪法权利这一观念，在20世纪60年代和70年代种类繁多的案例中渐渐发展起来。涉及第四修正案和"结社权"的一些判决，还有其他一些判决都触及这一问题。这一时期的新自由主义特别强调在合意的个人之间的人身关系中隐私权的重要性，强烈反对在这些事情上的政府干涉。显然在此种情况下，社会影响而不是抽象的宪法教条占了上风。例如，在*Griswold v. Connecticut*一案中，人们对人口膨胀的认识，对生育控制措施的需要，刺激了对隐私权的要求。此案中，计划生育协会的官员建议已婚夫妇控制生育和使用避孕药具。1879年的一项州法律禁止这种作法，对本案持异议的斯图尔特（Stewart）大法官称该法律为"异常愚蠢的法律"。在附议中，古德堡（Goldberg）大法官试图从很少被援引的第九修正案中找到"隐私权"的位置。但在随后的十年中，他的意见几乎得不到其他大法官或法律评论家的支持，以后的隐私权案件都是根据比较传统的理由作出判决。

大法官道格拉斯（Douglas）宣布法院判决如下：

我们认为上诉人有资格主张与他们有职业关系的已婚者的宪法权利……

本案与下述案件更相似：*Truax v. Raich*, 239 U.S. 33案，该案允许雇员维护其雇主的权利；*Pierce v. Society of Sisters*, 263 U.S. 510案，此案中，私立学校的所有者有权维护其潜在学生和他们的父母的权利；与*Barrow v. Jackson*, 346 U.S. 249案也相似，在这一案件中，作为有种族限制性条款的合同一方，白人被告因为她把财产转让给黑人而对订约人造成损害而被起诉；法院允许被告提出这样论点：虽没有黑人作为诉讼一方，但合同的执行侵犯了未来的黑人买主的平等保护权。……本案提出的夫妻的权利，很有可能被削弱或产生有害的影响，除非在涉及这种亲密关系的案件中考虑这些权利。……

结社权在宪法和权利法案中均未提到。父母选择学校教育子女的权利（无论是公立、私立还是教区学校）也未提及。也没有提到学习任何特定科目和任

何外语的权利。不过从第一修正案中已被解释包括这些权利。

依 *Pierce v. Society of Sisters* 一案，按第一和十四修正案，各州应保证（公民）按自己意愿教育子女的权利。……换句话说，按照第一修正案的精神，州不得限制可获取的知识范围。言论和新闻自由权不仅包括说话和出版的权利，而且包括传播的权利、接受的权利、阅读的权利（*Martin v. Struthers*，319 U.S. 141，143），和研究自由、思想自由、教学自由（*Wieman v. Updegraff*，344 U.S. 183，195）——实际上是整个大学团体的自由。（*Sweezy v. New Hampshire*，354 U.S. 234，249—250，261—263）……没有这些边缘的权利，这些特定的权利将很难得到保障。……

在 *NAACP v. Alabama*，357 U.S. 449，462 一案中，我们对"结社自由和社团中的隐私权"予以保护，并表明结社自由是第一修正案的边缘权利。我们认为，披露一个合宪社团的成员名单是违法的，"因为它有可能对申诉社团的成员行使结社自由权构成了实质性的限制"（出处同上）。易言之，第一修正案有一个个人隐私免受政府侵犯的模糊地带。在相似的情况下，我们已经对"社团"的形式加以保护，只要它在习惯的意义上不是政治性的，而是涉及其成员的社会的、法律的、经济的利益。……

前述各案暗示着权利法案的特别保证中有一个模糊地带，它源于那些保障人们生命与财产的保证条款。这些众多的保证条款开辟了隐私权的领域。包含在第一修正案中的结社权就是其中一方面，正如我们已经看到的那样。第三修正案禁止军队在和平时期未经主人允许驻扎在"任何民宅"，这也是隐私权的一个方面。第四修正案明确宣布"人们有保障其人身、住宅、文件和财物不受无理搜查和扣押的不可侵犯的权利"。第五修正案的禁止自证其罪条款使公民保有一个隐私的领域，政府不能强迫公民作出对自己不利的交待。第九修正案规定："不得因本宪法只列举某些权利，而认为人民所保留的其他权利可以被取消或轻忽。"……

那么，此案涉及的关系就属于由宪法的若干基本保证条款所开辟的隐私权领域。它涉及的这项法律，试图通过对这种关系有极大损害影响的手段而达到目的，因为它不是规制避孕药具的生产或销售，而是禁止其使用。正像本院经常适用的原则那样，"政府得控制人们的行为符合的法律，但不能为达到这一目的而不必要地扩张乃至侵入到人们受保护的自由的领域"。（*NAACP v. Alabama*，377 U.S. 288，307）我们能够允许警察闯入夫妻卧室去搜查使用避孕药具的蛛丝马迹吗？这样的想法恰恰与夫妻关系所需要的隐私权观念相违背。

我们所面对的隐私权，比权利法案更古老——比我们的政党、比我们的学校体制有更久远的历史。婚姻，它意味着同甘共苦、海誓山盟、亲密无间、无比神圣。这种结合，不是为了事业，而是为了生命延续；不是为了政治信念，而是为了生活和谐；不是为了商业或社会目标，而是为了彼此忠诚。这种结合的目标和我们先前判决所涉及的任何目标一样神圣崇高。

推翻原判。

（滕彪译　劳东燕校）

14．罗伊诉威德（*Roe v. Wade*，410 U.S. 113 [1973]）

> *Connecticut* 一案引起一些宗教团体和保守的社会团体的强烈抗议。但堕胎的问题在社会上产生了更大的分歧，对立双方都有情绪更加激烈的论争。很多州有法律规定在很有限的或特别的情形下允许堕胎，主要考虑到母亲的健康问题。然而在20世纪60年代，女权主义者和改良主义者团体协同合作，努力改变州法律。1970年，纽约州立法机关规定，在怀孕的最初24周内，"一经要求，即可堕胎"。迫于巨大的压力，大多数州拒绝改变其立法，实际上，有些州甚至加强了原来的立法。在本案中，法院面临着一项典型的19世纪法律，该法规定堕胎是犯罪行为。虽然最高法院更明确地赞成自由堕胎权，但反对意见仍然存在，甚至在1976年民主党候选人预选会上，一位总统候选人完全依赖"生命权"的竞选纲领，并得到联邦资助。与此同时，最高法院判决规定妻子堕胎时不必征得丈夫的同意，明显扩展了自己的判决。（*Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*，428 U.S. 52 [1976]）

大法官布莱克曼（Blackman）宣布法院判决如下：

19世纪制定堕胎犯罪法律有三个原因，这些也是它们继续存在的理由。

偶而提及的论点是，这些法律是维多利亚时代人们普遍反感不正当性行为的产物。但是在本案中，得克萨斯州未提出这一点，而且法院和评论者似乎都不把这条理由当回事。……

第二个原因与作为医疗过程的堕胎有关。当大多数堕胎犯罪法开始实施时，堕胎对妇女是一个危险的过程。于是，论者提出，州实施堕胎犯罪法时真正关心的是保护怀孕妇女，也就是说，阻止孕妇使自己生命处于严重危险的境地。

现代医疗技术改变了这种状况。上诉人及法庭之友引证的医学数据表明，在怀孕早期（即怀孕后三个月内），堕胎虽不能说没有风险，但已相当安全。在合法的治疗过程中妇女怀孕早期堕胎的死亡率和正常分娩的死亡率一样低，甚至比后者更低。因此，保护妇女免受堕胎的固有危险的州利益已经在很大程度上消失了，除非先行堕胎对她同样危险。当然，在健康和医疗标准方面，州的重要利益依然存在。州有合法的利益来保障堕胎（和其他治疗过程一样）在最大程度保障病人安全的条件下进行。显然，这种利益至少要扩展到主治医生及其病人、相关设施、产后护理，以及对可能出现的并发症或紧急情况的处理。非法的"堕胎作坊"中普遍的高死亡率不是减弱、而是加强了州规制堕胎实施条件的利益。这样，在怀孕晚期要进行堕胎时，州在保护孕妇自身健康和安全方面，就有了明确的利益。

第三个原因是，州在保护胎儿生命（prenatal life）方面享有权益——也有人用责任一词。一些论点的基础，是新生命从受孕之时即已存在这一理论。论者说，保护生命的州权力和一般义务应扩展到产前生命的保护。只有当孕妇和

胎儿的生命不能两全的时候，才应该牺牲胎儿的利益。当然从逻辑上说，州的合法权益的存在，无须取决于是否接受这样的信念：生命始于受孕时还是产前的其他时刻。

评价州权益的时候，应承认这样一个不太激烈的主张：至少只要还存在潜在的生命，州可以主张的权益就不应仅仅限于孕妇生命的保护。……

宪法并没有明确提到任何隐私权。但法院在一系列判决中——也许要溯至 *Union Pacific R.Co. v. Botsford*，141 U.S. 250，251［1891］一案——已经确认宪法确实存在一种个人隐私权或一种对特定隐私领域的保障。……

隐私权，按我们的理解，无论是否包括在第十四修正案的人身自由概念和对州权力的限制中，还是如地区法院判决的那样，隐私权应包含在第九修正案中“由人民所保留的其他权利”中，都足以包括一个妇女自行决定是否终止其怀孕的权利。如果州完全否认这种选择权，对孕妇的损害是很明显的：即使在怀孕早期，具体的和直接的伤害也可能通过医疗诊断出来。为母的艰辛、多余的后代，会把痛苦的生活和未来强加在一个女人身上。心理伤害必将产生，身体和精神健康因为抚育婴儿而面临压力。考虑所有的孕妇，还有其他痛苦——不愿意要的婴儿所带来的痛苦，心理上或其他方面无力抚养后代的家庭添一个孩子而产生的问题。其他情况像本案一样，还会有未婚母亲额外的困难和持续的污名。所有这些都是妇女及其尽责的医生必须加以考虑的因素。

基于这些因素，上诉人及法庭之友主张，妇女的权利是绝对的，她有权在任何时候、用任何方法、以任何理由自行决定堕胎。此论我们不能赞成。上诉人认为得克萨斯州根本没有正当利益来规制堕胎，或没有足够的利益去限制妇女的个人决定：这一论点是站不住脚的。最高法院判决承认个人隐私权的同时，也承认了有些州法律在受那一权利保护的领域是恰当的。正如以上所提到的那样，在保护健康方面，在维护医疗标准方面，在保护潜在生命方面，州可以正当地主张这些重要权利。在孕期的某一刻，这些分立的权利会足以获得压倒性的力量来支持对堕胎的规制。所以，不能说隐私权是绝对的。实际上，有些法庭之友所宣称的人有随意处置自己身体的无限权利的主张，与法院在先前判决中所表达的隐私权是否有紧密关系，我们尚不清楚。过去，法院拒绝承认这类权利是不受限制的（*Jacobson v. Massachusetts*，197 U.S. 11［1905年］）（注射疫苗）（*Buch v. Bell*，274 U.S. 200［1927］）。

所以，我们得出结论，个人隐私权虽然包括堕胎决定，但它并非是无限制的，它必须考虑州的规制这些问题的重要权力。

虽然法院判决各不相同，但大多数法院已赞同，无论隐私权基础何在，它足以包括对堕胎的决定权。不过隐私权并非绝对，它要受到某些限制。在某一时刻，州在保护健康、医疗标准、产前生命方面的利益是主导性的。我们赞同这一点。……

那些推翻了州法律的法院已经总体考虑了保护健康和潜在生命的州利益，并得出结论说，这两方面的利益都不能使对孕妇和医生以何种理由决定在怀孕早期堕胎进行过多限制具有正当性。支持这些州法律的法院认为保护健康或产前生命的决定是重要的且合宪的。

地区法院认为，被上诉人没能完成这样的举证责任，即证明德州法律对Roe的权利的侵害是行使一项压倒性的州权益所必需的。并且，虽然被上诉人

提出“州对堕胎领域的介入有若干压倒性的正当理由”，但这些正当性不足以支持这些法律，“并远远超出了压倒性的州权益的范围”。……上诉人和被上诉人都对此予以反驳。正如前述，上诉人主张当事人有绝对的权利，反对州把任何刑罚强加于（堕胎）这一领域。被上诉人则辩驳说：州确认和保护受孕之后的产前生命构成了一项压倒性的州权利。正如上述，我们不完全同意这两种主张。

1. 被上诉人及法庭之友声称，无论从字面上还是从涵义上，胎儿都是第十四修正案所说的“人”。为证明这一点，他们不厌其烦地详述了胎儿发育的众所周知的过程。如果这种“人”的解释成立，上诉人当然要败诉，因为胎儿的生命权要受到宪法修正案的特别保护，上诉人在上诉审的辩论中作了不少妥协。另一方面，被上诉人也承认，没有可资引用的案例能证明胎儿是第十四修正案中的人。

宪法没有用很多词句来定义“人”的概念。第十四修正案第1款有三处提到“人”。第一处是对“公民”的定义，指“在合众国出生或入籍而受其管辖的人”。这一词还出现在（本款中的）正当法律程序条款和平等保护条款。宪法条文中还有其他地方提到“人”。……但几乎所有这些地方，这个词的含义仅仅是出生后的人。没有一个地方明确指出，它（在宪法中）有可能意指出生之前的人。

所有这些，加上我们对19世纪大部分时间通行的比今日更自由的合法堕胎的考察，都使我们相信“人”这一个词，像第十四修正案中所使用的那样，不包括未出生的胎儿。……

2. 孕妇不可能由于自己的隐私而使自己孤立起来。如果接受对子宫内小生命的发育过程的医学定义，她先是怀着一个“胚胎”，而后是“胎儿”（见《多兰图解医学词典》，478—479页，547页，1965年第24版）。因此这种情形与夫妻隐私、卧室秽物、结婚、生育、教育后代具有天然的不同。……正如我们如上所述，州来决定在某一时刻保护母亲健康和潜在生命的州利益凸显出来，这是合理的和恰当的。妇女的隐私不再是惟一的，她所拥有的隐私权必须相应地予以衡量。

除了第十四条修正案之外，得克萨斯州还极力主张，生命始于受孕并在整个孕期内存在，所以，州有压倒性的利益去保护始于受孕时的生命。我们没必要解决生命何时开始这一难题。当那些接受医学、哲学、神学不同学科训练的人，尚不能就此达一致的时候，在现今人类知识发展水平上，不应该由法官去思索这个问题的答案。

关于这个最敏感的难题上的巨大分歧，简要说明一下应该足够了。并非在生下来之后生命才开始，这一观点一直得到强有力的支持。这是斯多葛学派的信仰：它像是犹太教信仰主导性的观点，尽管这种观念不是普遍接受的态度。据我们现已查明的新教团体，它里面的大部分也持这种观点。在堕胎问题上持正式立场的、有组织的团体一般把堕胎视为个人及其家庭的良心问题。我们已指出，普通法认为，在胎动初期意义更加重大。医生和医学研究人员对此较少兴趣，而倾向于关注受孕、生育、或胎儿“可存活”的某一中间时刻，即，尽管有人工帮助，可以脱离母体而存活。可存活性一般始于7个月（28周）左右，但可能更早一些，甚至是24周左右。亚里士多德学派的“间接生命”

（Mediate Animation）理论，支配了欧洲整个中世纪和文艺复兴时期，直到19世纪仍是罗马天主教的官方教义，尽管对这种"赋予灵魂"理论，那些承认生命始于受孕的教会人士持反对态度。当然，后者现在成了天主教的官方信条。正如一份法庭之友的简报指出的那样，很多非天主教人士和很多医生也持这种观点。但是，由于新的胚胎学的资料表明受孕是一个"过程"，而不是一个事件；由于新的医学技术的出现，如月经提取、后服避孕药、胎儿移植、人工受精、甚至人造子宫等，对精确表述这种观点带来实际的困难。

除堕胎犯罪的问题外，这项法律不愿像我们那样承认生命始于出生之前的任何理论，也不愿赋予未出生的胎儿合法的权利，除非在严格限制的情况下和婴儿出生是活体的时候。例如，侵权法的传统规则否认获得产前伤害的赔偿权，即使出生后是存活的。这一规则在几乎所有司法管辖区域都已得到改变。在大多数州，在伤害成立的时候，只有胎儿是可存活的，或至少存活过，据说才允许其获得赔偿；虽然很少有法院直接这样判决。一般被评论者所反对的新近发展情况是，有些州允许死胎之父母为产前伤害造成的（胎儿）不当死亡提起诉讼。无论如何，这样的行为维护了父母的权利，也符合婴儿最多只是潜在的生命这一理论。相似的，人们已承认未出生的婴儿可以通过继承或其他财产转移方式取得权利或利益，并可以由合法监护人来代表行使权利。此外，相关权利的完全获得，一般要视出生时是活体而定。简而言之，未出生者从未被法律承认是完整意义上的人。

有鉴于此，我们不赞成得克萨斯州在接受一种生命理论之后，可以无视至关重要的孕妇的权利。但我们重申：不管该孕妇是州的居民还是接受医疗咨询和治疗的非居民，在维持和保护其健康方面，州确实有重要的合法利益；州还有另一个重要的合法利益是保护潜在的人类生命。这些权利是互相独立的。随着孕妇临近产期，这两种权利的重要性都在增长；在孕期的某一刻，每一种权利都变得"具有压倒性"。

关于州保护母亲健康的重要的合法利益，在现有医学知识看来，"具有压倒性"的时刻，大致在怀孕头三个月结束之时。之所以如此，是因为在怀孕头三个月内堕胎的死亡率低于正常分娩的死亡率这一既定事实。由此可以得出，在这一时刻及此后，州可以规制堕胎程序，其限度是该法令要与保护母亲健康合理相关。举例来说，这个领域里可以允许州对以下事项进行规制：关于从事堕胎的人员资格的要求；关于上述人员的许可证；关于堕胎的场所的要求，无论规定必须是医院，还是规定可以在诊所或地位低于医院的其他场所进行；关于该场所的许可证以及类似的要求。

另一方面，这意味着，在此"压倒性的"时刻以前，主治医生在征求病人的意见之后，可以不管州法规而凭自已的医疗判断来自由决定应否停止怀孕状态。如果作出了决定，则实施堕胎可以不受州的干预。

至于州在保护潜在生命的重大的合法利益，"压倒性"的时刻就在"可存活"的时刻，之所以如此，是因为此时的胎儿可能脱离母体而具有有意义的生命。在"可存活"时刻之后，保护胎儿生命的州法规，既符合逻辑，又有生物学的正当性。如果州有意保护"可存活"的胎儿生命，它甚至可以禁止在"可存活"时刻之后堕胎，但是为保护母亲生命或健康而必须（堕胎）的情形除外。

以这些标准衡量，得克萨斯州《刑法典》第 1196 条，它管得太宽了。它限制那些为挽救母亲生命“得到或试图得到医疗咨询的人”进行合法的堕胎。州法规没有区别怀孕早期进行的堕胎及怀孕早期以后进行的堕胎，并且只规定了一个法律上的正当理由：“挽救”母亲生命。所以，该法规不可能经受合宪性的考验。……

综上所述，在此重申：

1. 类似得克萨斯州这样的堕胎犯罪法，只把为拯救母亲生命而作的堕胎排除在犯罪之外，不考虑怀孕的阶段，也未确认所涉及的其他权益，这样的法规违反了第十四修正案的正当程序条款。

(a) 在孕期头三个月结束之前这一阶段，堕胎决定及实施一定要留给孕妇的主治医生所做的医疗判断。

(b) 在孕期头三个月结束之后的阶段，为增进保护母亲健康的州权益，如果州愿意，可以规制堕胎程序，其所规范的内容要与母亲健康合理相关。

(c) 在“可存活”之后的阶段，州有保护潜在的人类生命的权益，如果它愿意，可以规制甚至禁止堕胎，除非依据适当的医疗判断，堕胎为保护母亲生命或健康所必需。……

（滕彪译　劳东燕校）

15. 阿克朗市诉阿克朗生育健康中心（*City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 [1983]）

在 *Roe v. Wade* 一案判决后接下来十年，最高法院一直支持妇女自己做出堕胎决定的基本权利。法院也确认，医生所要求的应被提供做出最佳医疗判断所需范围的权利有完全的正当性（*Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 [1973]），包括帮助妇女作出决定（*Colautt v. Franklin*, 439 U.S. 379 [1979]）。尽管法院维持了 *Roe* 案判决，但堕胎问题仍然是美国社会中最反复无常的问题之。鼓吹“生命权”的组织和政治行动委员会强烈反对那些支持堕胎的公众人物，并取得显著的成功。1980 年共和党在政治纲领中支持一项限制堕胎的宪法修正案，里根（Regan）总统当选之后再次签署这样一项修正案。同时，州和市政当局经常制定限制措施。在下述案件中，俄亥俄州的阿克朗市要求所有在怀孕三个月之后的堕胎必须在医院进行；禁止医生在未征得父母同意的情况下为 15 岁以下的未成年孕妇实施堕胎手术；并规定明示同意的新条件；还要求必须以“人道的、卫生的方式”处置胎儿。法院把所有这样的法规宣布为无效。也许有意义的是，三个持异议的法官（以里根总统最早任命的奥康纳（O'Connor）大法官为首），否决了 Roe 一案的基本前提和结果。反对者的观点虽

然没提 Roe 一案应被推翻，但实际上却达到了那样的效果。奥康纳法官写道："即使我们假定在有些情况下存在某种终止怀孕的基本权利，"州保护潜在生命的压倒性利益"也存在于整个怀孕期间。"

大法官鲍威尔（Powell）宣读法院判决如下：

在我们支持 *Roe v. Wade*，410 U.S. 113［1973］一案十年之后，这些案件又到了我们手上。在该案中，我们认为，隐私权以宪法所保障的个人自由概念为基础，它包括了一个妇女决定是否终止自己怀孕的权利。立法机关对法院判决的反应，已经几次要求我们明确州政府在规制堕胎方面权限，今天又是这样的场合。一直有争议说我们错误地解释了宪法，就像这些案件中争论的一样。虽然在宪法问题上，遵循先例原则也许从未具有完全的说服力，然而，它在法治社会仍然是一项需要尊重的原则。今天我们即遵循此原则，兹再次维护 *Roe v. Wade* 一案。

阿克朗市法令的第 1870.03 节要求，"对怀孕三个月之后孕妇施行的任何堕胎手术"都必须"在医院里进行。"……依该法令，由于门诊场所不是具备细致护理、全面服务的医院的一部分，因而禁止在门诊场所实施堕胎手术。

在 *Roe v. Wade* 一案中，法院认为在孕期三个月之后，州的利益成为压倒性的利益，从而州可以"规制堕胎程序，其限度是该规定要与维持、保护母亲健康合理相关。"（410 U.S.，at 163）举例说，我们提到，州可以设定"与实施堕胎手术有关的设施的要求，换言之，堕胎手术是否必须在医院施行，还是也可以在诊所或地位低于医院的其他场所进行"（出处同上）。同期的 *Doe v. Botton* 一案，法院判决佐治亚州的一项规定无效，该规定要求所有堕胎都应在州健康委员会许可的并由医院资格联合会确认的医院里进行（410 U.S. at 201）。我们确认，对孕期三个月之后的堕胎，州拥有合法的利益去设定"施行堕胎手术的医疗设施许可标准"。（同上，页 195）然而，我们认为："该州必须拿出（比它在 *Doe* 一案中已经出示的）更多的证据以证明，只有经许可的医院才有充足的资源满足州的健康利益要求，而其他的那些经适当许可的机构不能满足该要求"（同上）。

兹再次确认……在孕期约三个月之后，州规制健康的利益即是压倒性的。但是，压倒性的州利益的存在，只是审查的起点。只有在州的规制是为合理地促进该项州权益而设定的情况下，这种规制才会得到支持。……而且，在 *Roe* 一案中，法院并不认为，对州当局而言，其规制堕胎的规定适用于整个第二季[①]总是合理的。

无疑，第 1870.03 节规定第二季堕胎须在医院进行的要求，为妇女寻求堕胎之路设置了一个明显的障碍。该项规定所引起的重大负担，对妇女来说意味着额外的费用。上诉法院提出，有证据表明在医院的第二季堕胎费用是在诊所的两倍以上。……不仅如此，该法院还指出，阿克朗市的医院以前很少施行第二季堕胎手术。……这样，要求第二季堕胎必须在医院进行的规定，会迫使妇

① 即孕期三个月到六个月。——译注

女四处寻找合适的医疗机构，导致钱财浪费和额外的健康风险。因此，显而易见的是，该规定明显限制了妇女获得堕胎的能力。

阿克朗市政府一方并不认为第 1870.03 节规定只是给妇女获得堕胎强加了一个无意义的负担，而是辩称，它是一个合理的保护健康的规定。这种立场在 *Roe v. Wade* 一案进行时得到了强有力的支持，因为美国公共健康协会（APHA）和美国妇产医学院（ACOG）都建议第二季堕胎在医院进行。……但从那以后，第二季堕胎的安全性急剧提高。主要理由在于第二季堕胎现已广泛而成功地使用扩张与排泄疗法（D&E）[①]。上诉法院断定，“有足够的证据表明 D&E 疗法是实施孕期三个月之后的堕胎手术的最安全的方法。”……在怀孕后大约第 12 周到第 16 周期间（在此期间一般不可能使用其他第二季堕胎技术），能够获得 D&E 疗法，意味着希望在第二季早期堕胎的妇女不再被迫蒙受等到至少怀孕第 16 周的健康风险。

就我们的目标而言，一个更重要的因素是：经验表明，在适当的非医院性医疗机构里，D&E 疗法可以安全地运用于门诊病人。证据足以使美国公共健康协会确信，应放弃先前的关于所有第二季堕胎都应在医院进行的建议。……同样，美国妇产医学院也不再建议所有第二季堕胎都应在医院进行。它建议，在医务室和门诊场所进行的堕胎应仅限于孕期 14 周以内的堕胎手术，但它指出，在孕期 18 周之前，堕胎可以在“在医院或独立的救护医疗机构，或在达到独立医疗机构标准的门诊场所内”安全地实施。

这些发展情况，以及支持它们的专家评论，构成了强有力的证据，即至少在怀孕第二季早期，在门诊场所实施 D&E 疗法进行堕胎手术和在具备全套服务的医院内进行手术一样安全。所以，我们的结论是，“现有的医疗知识”（*Roe*, 410 U.S. at 163）令人信服地削弱了阿克朗市关于所有第二季堕胎都应在医院进行这一要求的正当性。……通过制止在适当的非医院机构运用 D&E 疗法进行堕胎，阿克朗市政府方已经给妇女获得相对低廉且方便、安全的堕胎手术强加了沉重的、不必要的负担。第 1870.03 条规定造成了“禁止绝大多数孕期在 12 周之内的堕胎”的后果，……所以不正当地侵犯了妇女获得堕胎的宪法权利。

下面转到第 1870.05 条（B）项，该项禁止医生为 15 岁以下的未成年孕妇实施堕胎，除非得到其父母之一或法定监护人的明示书面同意，或者，除非该未成年人获得“有管辖权的法院的命令而实施堕胎手术或药物流产”。……

对于有关的法律标准并不存在分歧。法院认为，“州不能强制规定一个概括性条款，把父母之一或法定监护人的书面同意作为一个未婚未成年人堕胎的条件。”……在 *Bellotti v. Baird*（*Baird* Ⅱ），443 U.S. 622［1979］一案中，本院多数大法官指出，州的保护未成年人的利益将维持一项征得代理人（无论是父母还是法院指定的人）同意的要求。……然而，*Bellotti* 一案的多数法官警告说，州必须提供一个替代性的程序，借此，怀孕的未成年人可以证明她已足够成熟到可以自行做出堕胎决定；或者，尽管她尚未发育成熟，但堕胎符合其最大利益。……根据这些判决，很明显，不允许阿克朗政府方只概括地规定：15 岁以下的所有未成年人都太不成熟以致不能做出这种决定；或者没有父母同意，堕胎永远不符合未成年人的最大利益。……

① D&E，即 Dilation and Evacuation，以下简称 D&E 疗法。——译注

阿克朗市法令规定，除非“有孕妇在无强制、自由的情况下所作出的明示书面同意”，不能进行任何堕胎（第 1870.06 条（A）项）。而且，“为确保该同意是真正明示的同意”，必须“由主治医生口头告知”妇女其怀孕状况、胎儿生长情况、预产期、堕胎可能造成的生理和情绪影响，还有可以提供关于生育控制、收养、育儿方面的帮助和信息的机构（第 1870.06 条（B）项）。此外，主治医生还必须告诉她“与她的怀孕和将采用的堕胎技术相联系的特殊风险，……以及其他按其医疗诊断与她是否堕胎还是继续孕期的决定相关的信息”。（第 1870.06 条（C）项）……

在 *Danforth* 一案中，……我们支持了一项密苏里州的法律，该法律要求“孕妇以书面方式同意堕胎，并保证该同意是自由作出的而非被强迫的结果”（428 U.S. at 85）。……我们不认为“明示同意”是一个含义模糊的词汇，它可以被解释为“给予病人有关即将要做的事及其结果的信息。把更多的含义加于该词，会给主治医生的职业实践套上一个令人讨厌的、不舒服的紧身衣”。……

由此，要求明示同意的有效性依赖于保护孕妇健康的州利益。堕胎决定具有“比大多数其他医学治疗更广泛的影响”。……因而，州可以依法要求确保施行堕胎手术要“考虑所有与病人康复可能有关的环境因素，包括生理的、心理的和情感方面的因素”。……然而，这并不意味着，州拥有不受审查的权力来决定在妇女选择堕胎之前须给予其什么信息。根据病人的不同情况，确保适当的信息传达给病人，仍然主要是医生的责任。*Danforth* 案对州在确保给予此种信息方面的利益的认可，并不能证明旨在影响妇女作出堕胎或生育的明示选择的堕胎规定的正当性。

以此审视阿克朗市法令，我们认为，第 1870.06 条（B）项是试图把确保“明示同意”这项州利益扩张到不能允许的程度。首先，公平地讲，该法令要求的很多信息与其说是为了征得孕妇同意，不如说是为了劝说妇女撤回堕胎。第（3）小节要求医生告诉孕妇“未出生的胎儿从受孕伊始即是一条人命”，这与法院在 *Roe v. Wade* 一案的以下观点不符：不允许州采纳生命何时开始的理论来论证对堕胎进行规制的正当性。……而且，第（3）小节要求的对于特定的未出生胎儿的解剖学和生理学特征的很多详细描述，至多涉及医生的推测。另外，第（5）小节，以“堕胎是一个重大的医疗过程”这样可疑的陈述开头，并随之描述堕胎对身体和精神可能产生的种种影响，这一小节可称是“恐怖大全”，意在暗示堕胎是特别危险的过程。

对第 1870.06 条（B）项规定的另一个同样关键的反对理由是，它侵犯了孕妇的医生的酌定权限。该条款规定，医生必须告知每个孕妇特定信息，而不管按其判断该信息是不是和她的个人决定相关。例如，即使医生认为第（5）小节所述的危险对一个特定孕妇并不存在，也要被迫向她描述。在 *Danforth* 案中，法院警告说，不能给医生套上这样一个“令人讨厌的、不舒服的紧身衣”。（428 U.S. at 67. n.8.）为了与明示同意的州利益相一致，州可以要求，医生须让孕妇了解堕胎会产生的身体和情感上的影响。阿克朗市法令本应仅仅描述与明示同意相关的问题，但它走得太远了。由于阿克朗市法令坚持要求引述列于目录中的冗长而不灵活的信息，它已经不合理地为“孕妇从医生处获得与堕胎决定有关的建议设定了障碍”。……

第 1870.06 条（C）项提出了一个不同的问题。依照此项，“主治医生”

必须告诉妇女：

“和她怀孕、将采取的堕胎技术相关的特定风险，包括为确保其安全康复，向她提供的至少是概括性的有关堕胎之后应遵循的医疗指导的描述；并提供依他的医疗判断，与孕妇是堕胎还是继续妊娠的决定相关的信息。”……

但是，我们并不认为，州的需要是如此重大，以致应坚持要求实施堕胎的医生（或相关医务人员）即使在孕妇并未要求的情况下也仍须亲自向她提供建议。州的利益在于确保孕妇的同意是明示的、未被强迫的。关键因素是她是否得到了必要的信息和适格人员的建议，而不是她据以得到信息的人的身分。阿克朗政府方和介入诉讼的人强烈主张，在原告堕胎诊所里服务的非医生咨询员未经训练就没有资格来承担这样重要的功能。然而下级法院没有作出这样的判定，根据我们眼前的记录，我们不能说，如果医生把咨询任务委托给另一个适格的个人的话，妇女对堕胎的同意就不是明示的。

持这一观点，我们并不是在暗示州无权维护自己的下述利益，即确保堕胎这样“重大而关键”的决定是在充分知晓其性质和结果的情况下作出的。我们也不是说，作为实施堕胎手术对决定的医疗方面负最终责任的医生，可以放弃自己的重要职责。州可以界定医生的责任，包括确保提供足够的咨询及孕妇的同意是明示的。此外，州可以为主要发挥咨询作用的人员设立合理的最低资格标准。……根据这些可替代的选择，我们认为，州坚持要求只有医生才能提供与明示同意相关的信息和建议，是没有道理的。对于上诉法院作出的第1870.06条（C）项归于无效的判决，我们予以维持。

我们认为，阿克朗政府方没有证明，恣意规定的固定等待期促进了州的合法利益。没有证据说明，堕胎过程将因此变得更安全。我们也不认为，州的保障妇女明示（堕胎）决定的利益，会通过拖延24小时而理所当然地得到满足。对于是否堕胎的决定，重要的是，“在医生的医疗判断中给予他充分的自由裁量余地。”……根据医生职业的伦理标准，当医生认为对孕妇有利时，他可以建议孕妇延缓堕胎。但是，如果妇女在适当地咨询过之后，准备以书面方式明示同意堕胎，州不能要求她推迟该决定的实施。

阿克朗市法令的第1870.16条要求，实施堕胎的医生应“确保以人道的、卫生的方式处置胎儿”。上诉法院认为，作为对属于刑事指控行为的定义，“人道”一词具有不被允许的模糊性。该法院认定该节全部内容无效，拒绝为支持“卫生”处置的要求而删掉“人道”一词。……我们维持这一判决。

上诉法院的判决认定阿克朗市“堕胎规制”法令中有关父母同意、明示同意、24小时等待期和胎儿处置的各条款无效，对此，我们予以维持。该判决的其余部分，即支持阿克朗市法令要求所有第二季堕胎均需在医院进行的部分，我们予以推翻。

（滕彪译　劳东燕校）

（五）正当程序、"新平等保护"与福利国家

16. 夏皮罗诉托马斯（*Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 [1969]）

沃伦法院最持久也最有意义的成就无疑是随着废除种族隔离和重新分配的判决而出现的，这些判决在很大程度上是建立在第十四修正案平等保护条款的基础之上的。法院在平等保护条款上扩张性的观点最终导致了颇具争论的判决，这些判决旨在确保宪法对穷人权利的保护且大体上确保其在福利国家管理过程中得到公平待遇。一些人赞成这些判决，将其视为法院对人权的关注的正确延伸，然而，批评者们却把这些判决看作是过分注意福利受益人，并且曲解了19世纪末20世纪初代表商业和经济权利的判决中的正当程序和同等保护。在下面的这个案件中，最高法院的新方向更加明显了，该案涉及的是康涅狄格州拒绝向在本州居住不到一年的人颁发福利救济。作为宪法"特权和豁免"条款的一部分（第六条和第十四修正案），美国公民拥有确立已久的在各州之间"旅行的权利"。而与此同时，暂住者和新居民向来要受到因各种各样的（并且经常是背道而驰的）居住要求而致的特别待遇 在许多领域，比如选举、接受高等教育和其他各种各样的公共津贴等，这类法律对常住居民有利。如果在一州居住就构成了居民身份（第十四修正案），那么州的居住要求就剥夺了法律对个人权利的同等保护吗？在下面的 *Shapilo* 案件中，最高法院认为，宪法对州际迁徙权的保障不能因歧视和不平等地对待新移民而受到削弱。自 *Shapilo* 判决以来，法院在其他一些涉及贫民或选举权的案件中已经推翻或者限制了居住要求；然而它们一直维持有关离婚、律师界准入以及当选州立法机构议员等方面的要求，这也是有目共睹的。

大法官布伦南（Brennan）宣布本院判决如下：

在每一个案件中，等待期间要求（waiting-period requirement）的结果是在管辖范围内产生了两类相互无差异的——除了一类是由居住一年或者一年以上的居民构成而另一类是由居住不到一年的居民构成这一差别外——贫困居民家庭，大家对此并无异议。在这惟一的差别基础之上，第一类家庭被允许给予福利救济而第二类家庭就被拒绝给予福利救济，而家庭成员获得生存必需品，如食物、居所和其他生活必需品的能力可能就依赖于这种福利救济。在每一个案件中，地区法院发现被上诉人除了未满足要求他们在申请福利救济前居住满一年这一条件外，满足了其所在管辖区的居住标准以及其他所有资格要求（eligibility requirements）。在再次论辩中，被上诉人的中心论点是从法律上禁止居

住不满一年的居民获得救济产生了一种构成不公平歧视的分类，这种歧视拒绝给予这些居民以法律的同等保护。我们对此表示同意。上诉人声称该分类所促进的利益既不可能合乎宪法地由政府加以促进也不可能是强制性的政府利益之所在。

首先，上诉人将等待期间要求辩护成为维持州公共救济项目的财政统一政策的一个保护措施。据宣称，在一州居住的第一年里就要求福利救济的人很可能成为州福利项目的持续的负担。因此，上诉人继续争论道，如果通过在他们居住的第一年拒绝给予他们福利救济而阻止这些人进入其管辖区，那么救济长期居民的州项目就不会因新贫民的大量流入而受到损害。

有力的证据证明，把需要或者是可能需要帮助的穷人从管辖区内驱逐出去是这些规定的特定目的。在国会中，提出取消居住要求的联邦立法的提案人遭到了州和地方福利机构的代表一致反对，他们强调了州担心取消居住要求将会导致个人大量流入提供最慷慨救济的州。

我们并不怀疑一年的等待期间要求这一措施很适于减少需要补助的贫困家庭的流入。一个想移民、重新定居、找一份新工作并且开始一种新生活的穷人，如果他知道他必须冒着要移居就不可能在居住的第一年里求助于州的福利救济的风险，而他对此种福利救济的需求可能又是最急切的，那么毫无疑问他会犹豫一下。但是，限制外来穷人移入的目的是宪法所不允许的。

本院很早就承认我们联邦的性质和个人自由的宪法观念共同要求，所有公民都可以自由地在我们国家的领土范围内旅行而不受那些对这种移动施加不合理限制的法律、裁定和规章的约束。这一立场很早就由首席大法官坦尼（Taney）在 *Passenger*，7 How. 283，492［1849］案中作出了陈述：

“就联邦政府得以成立的所有伟大目的而言，我们是一个民族，生活在一个共同的国家里。我们都是合众国的公民，并且，作为同一个共同体中的成员，必须有权利不受干扰地通过和再通过它的每一个地方，一如在我们自己州里一样自由。”

我们没有必要把这个州际旅行权的来源归于特定的一条宪法规定。法官斯图尔特（Stewart）先生在 *United States v. Guest*，383 U.S. 745，757—758［1966］一案中代表本院说到：

> “从一个州到另一个州旅行的宪法权利，占据了一个对我们的联邦观念来说是至关重要的地位，它是一项已经牢牢确立并再三得到承认的权利。
>
> “……这项权利在宪法中并没有被明确提到，有人指出说，原因在于这样一种基本权利从一开始就被看作是宪法产生的更强大的联邦的一个必然的伴随物。无论如何，在美国各州之间旅行的自由长期以来就已经被认为是宪法下的一项基本权利。”这就足够了。

因此，阻止穷人迁入的目的不能为一年的等待期间所产生的分类方法提供正当理由，因为这种目的是宪法所不允许的。如果一个法律“没有其他目的……而只是以通过惩罚选择行使宪法权利的人的方式，来冷冻宪法权利的主张为目的，那么它就是明显的不符合宪法”。……

上诉人还争论说，即使一个州企图阻止所有的穷人进入是不能被允许的，那么被非难的分类，作为一种可能被允许的、州为阻止那些仅是为了获得更多救济而进入该州的穷人所做的努力，也应当是正当的。我们首先看到的是，摆在我们面前的法律没有一个是为实现这一目标制定出来的。相反地，被禁止的新来移民这一类别是囊括一切的，把为了其他的目的而来到这个州的人和那些只为获得救济而来到这个州的人混为一谈，因而，在实际操作中，这三个法律实际就不可辩驳地制定了一种假定：每一个申请救济者在他来到这个州的第一年里，都仅仅是为了获得更高的救济。在所有这些记录中，事实上没有任何东西为这样一个假定提供基础。

更为重要的是，一个州迫使那些寻求更高福利救济的穷人离开的努力，就是普遍地迫使穷人离开的努力。任何此种区分里暗含的观念都是，带着寻求更高福利救济愿望而进入一个州的穷人，相比那些根本不考虑这个问题的穷人来说，似乎更不应获得救济。但是，我们不能想象为什么一个为了自己和她的孩子而寻求过一种新生活的母亲，因为在其他因素中她考虑了一州的公共救济水平就应该被认为是更不值得获得救济。这样的一个母亲当然与为了利用一州较好的教育设施而移入该州的母亲同样应当获得救济。

上诉人进一步争辩道，被非难的分类可以当作是一种在通过缴纳税收对该社区作出的贡献的基础上区分新旧居民的努力而得到维持。我们很难看到有资格获得福利救济的长期居民何以比最近才来的贫困居住者在税收上对该州有更大的贡献。……但是，我们不需要停留在这些案件中的特定的事实上面。上诉人的推理在逻辑上将会允许州阻止新来的居住者进入学校、公园或者图书馆，或者是剥夺他们受警察保护和消防保护的权利。实际上，它将允许州根据居民以前的税收贡献来分配所有的福利和公共设施。平等保护条款禁止这样分配州提供的服务。

我们承认一州在维持它的项目的财政统一上有正当的利害关系。它可以合法地去努力限制它的支出，无论是为了公共救济、公共教育还是为了任何其他的项目。但是一州不可以通过在不同类别的居民中作出令人反感的区别来达到这样的目的。例如，它不能通过阻止穷人的孩子进入学校读书来减少教育支出。同样，在摆在我们面前的这些案件里，上诉人不能仅仅表明拒绝给新来的居民以福利救济节省了金钱就可以了，他必须做更多的事情。福利支出的节省并不能证明否则会是令人厌恶的分类是有正当理由的。

总而言之，阻止穷人进入该州和将福利救济限于那些被认为对该州有贡献的人都不是宪法所允许的一州目标。

上诉人进而又主张等待期间能实现特定行政目标和相关的政府目标，因此是有正当依据的。他们争论道，这些要求（1）便于计划福利预算；（2）提供了一个居住的客观标准；（3）最大限度地降低了接受者从一个以上的管辖区处欺骗性地获得救济的机会；以及（4）鼓励新来的居住者及早地进入劳动力市场。

首先，我们反对上诉人的论点，即仅仅表明在等待期间和这四个被允许的州目标之间存在一种合理的关系就足以证明这种分类是有正当理由的。……等待期间的规定仅因为他们是最近才移入这个管辖区的原因，就剥夺了申请者本来有资格获得的福利救济。但是在从一州移到另一州或哥伦比亚特区中，被上

诉人是在行使一项宪法权利，任何意在惩罚这种权利行使的分类都是不合宪法的，除非能证明它对促进一种紧迫性的政府利益是必要的。

那种认为等待期间要求有助于预算的可预测性的论点是没有事实根据的。这三个案件里的案卷记录都缺乏证据证明：州或者哥伦比亚特区实际上是使用一年的居住要求作为在预算年度里预测申请救济的人的数量的一种手段。

相似地，对一个州来说，没有必要用一年的等待期间作为一种防止欺骗性地获得救济的保证措施。这是因为存在着能使这种风险最小化的不太严厉的可供使用的其他方式。当然，一个州在防止任何申请者的欺骗上有正当的利害关系，不管这个申请者是一个新居民还是一个长期居民。……

因此，我们得出结论认为，在这些案件中的上诉人不应也没有必要使用据称能实现政府目的的一年的等待期间。因而，即使在传统的同等保护标准之下，根据福利救济申请者是否在该州居住了一年而对他们作出区分，这看起来就是不合理的，也是不符合宪法的。当然，在这些案件里传统的标准并不适用。既然这种划分在这里触及到了州际迁徙这个基本权利，它的合宪性必须由它是否促进了一种紧迫性的州利益这一更加严格的标准来加以判定。这个标准是，它是否促进了一紧迫性的州利益。根据这个标准，等待期间要求显然违反了同等保护条款。……

（史大晓译　邓海平校）

17. 韦伯诉阿特那意外事故和保险公司（*Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164 [1972]）

正是因为社会将非婚生子女当作他们的父母的罪恶，非婚生子女才在历史上受尽歧视。但是最高法院新确立的对同等保护的关注最终导致了对这一传统歧视的众多挑战。在 *Levy v. Louisiana*, 391 U.S. 68 [1968] 一案中，最高法院取消了该州的一个有关意外致人死亡（wrongful death）的法律，该法律规定损害赔偿的支付只及于婚生子女。最高法院宣称“出生的合法性或者不合法性与意外死亡的性质无关”。但是三年后，法官们又维持了一个州法的规定，即如果父母死亡时未立遗嘱，就不能给非婚生子女和婚生子女以同样的继承权。（*Labine v. Vincent*, 401 U.S. 532 [1971]）。在下面这个案件中，法院不得不决定非婚生子女是否可以获得他们的父亲因公死亡的抚恤金。鲍威尔（Powell）大法官撰写的多数派意见特别惹人注目，因为它使人回想起 1937 年以前的一些观点，那些观点经常支持个人的经济权利而反对政府的限制。

大法官鲍威尔（Powell）宣布法院判决如下：

根据对路易斯安那州最高法院发出的调卷令，我们面前的问题是，受抚养的、不被承认的非婚生子女是否享有根据路易斯安那州工人赔偿法律，在与其父所属的婚生子女的平等的基础上，取得因其父死亡而获得的救济金的权利。我们认为，路易斯安那州对受抚养的、不被承认的非婚生子女拒绝平等的补偿权利违反了第十四修正案的同等保护条款。……参见 *Levy v. Louisiana*, 391, U.S. 68 (1986); *Glona v. American Guarantee & Liability Insurance Co.*, 391 U.S. 73 (1968) ……

为了取得工人赔偿法律中的赔偿，路易斯安那州的法律把子女定义为“只包括婚生子女、继子女、遗腹子、养子和《民法典》（Civil Code）第203、204、205条承认的非婚生子女”。因此，婚生子女和被承认的非婚生子女可以在平等的基础上取得抚恤金。然而未被承认的非婚生子女则被降到了一个较低的地位，他们属于《工人赔偿法》第1232（8）条规定的“其他的受抚养亲属”，并且只有在没有足够的前几类人来瓜分完这些救济金的时候才可能取得救济金。无论路易斯安那州上诉法院还是意见不一的路易斯安那州最高法院都在原告合乎宪法的反对下支持了这些法律，它们认为我们在 *Levy* 一案中的判决没有约束力。

我们不能同意。在 *Levy* 一案中，本院认为，阻止非婚生子女获得由于其父亲意外死亡而得到的抚恤金、同时却允许婚生子女享有这种权利的路易斯安那州法律，因为拒绝了法律的同等保护而无效。本院在该判决中认为，一个孩子属非婚生的事实与意外死亡法律（该法规定因母亲死亡子女可以得到补偿）的目的之间没有任何合理的关系。

“出生的合法与否与所谓的母亲受到的不当行为的性质无关。这些孩子虽然是非婚生的，但也是受她抚养，她照顾并养育他们。从生理和精神意义上讲，他们的确是她的。对于她的死亡，他们和其他任何一个‘受抚养的亲属’一样，都受到了不当行为的侵害。”（*Levy v. Louisana*, 391 U.S., 页72）。

下级法院试图将 *Levy* 案作为一个涉及完全排除所有非婚生子女的法律的案件，以与补偿问题区别开来。然而，在眼前这个案件中，根据赔偿法的规定，得到承认的非婚生子女可以和婚生子女一样平等地得到补偿，并且“未被承认的非婚生子女并未被剥夺获得补偿的权利，与双亲的其他受抚养亲属相比，他只是被降格到一个不太有利的地位而已……”。……路易斯安那州法院也把 *Levy* 案作为一个侵权行为看待——在这种侵权行为中，侵权行为人因潜在的请求人的非婚生法律身份的偶然性来逃脱责任——然而，在本案中，法院已经判决了全额补偿，并且“没有一个侵权行为人会由于法律而逍遥自在”。……

我们认为这样精心做出的区分并不能否定 *Levy* 一案。在该案中，本院没有十分关注侵权行为人逍遥法外的问题，而是更多的注意到法定补偿方案的平等待遇问题。这里如 *Levy* 案一样都存在着不能允许的歧视。一个不被承认的非婚生子女遭受的失去父亲的痛苦，和一个婚生子女或者是一个后来才被承认的非婚生子女遭受的痛苦是一样多的。本案案卷已表明，不被承认的非婚生子女对其父亲的依赖以及与其父亲之间的天然的亲缘关系，与路易斯安那州法律允许得到补偿的这四个婚生子女对其父亲的这种关系是一样的。婚生子女和非

婚生子女都生活在死者的家里，并且在生活上和在精神上都同样地依赖他。因此，下级法院谈到把不被承认的非婚生子女降格到"与双亲的其他亲属相比一个不太有利的地位"多有不当。不被承认的非婚生子女不是父母也不是"其他受抚养的亲属"。在本案中，他们是受抚养的孩子，与其他受抚养的孩子享有同样的权利。

被告争论说，我们最近在 *Labine v. Vincent*，401 U.S. 532 [1971] 一案中确立的判决对本案有约束力。在 *Labine* 案中，本院不顾宪法上的反对而支持了路易斯安那州死亡时未留遗嘱的法律，该法禁止得到承认的非婚生子女和婚生子女一样同等地分其父的财产。这一判决大部分反映了传统上尊重州在其境内规制遗产的特权。长期以来，在这个领域中本院一直给予州很广泛的自由裁量权。然而，在手边这个案件中，州没有实质利益，以规定"土地权利的……稳定性和在迅速准确地决定死者遗留财产的合法的所有权人"。

而且，在 *Labine* 一案中，与本诉讼中的死者不同的是，该未立遗嘱而亡者本可以轻易地改变他女儿的不利地位……但是，这种选择的机会并没有对他实际开放。根据路易斯安那州的法律，即使他想承认他的非婚生子女，他也不能够这样做。非婚生的法律身份总是具有沉重的负担，当父母和子女都不能合法地减轻这些负担时，这些负担就会变本加厉地沉重起来。……

在目前这个案件中，根据《工人赔偿法》寻求补偿实际是一场根据一个在 *Levy* 案中属于争点问题的法律进行的诉讼的翻版。考虑到这两个法律在起因和目的上的相似性以及路易斯安那州在获得补偿权利中的歧视模式的相似性，要主张本案事实不受 *Levy* 案的约束就需要不考虑先例和某些"遵循先例"的原则。非婚生子女在并不像在 *Levy* 案中那样被完全或广泛地禁止享有某些权利，这并不重要；（重要的是）歧视依然是显而易见的。……

根据平等保护条款，判断州法律的有效性的标准已经被以各种形式表达出来了。但是本院要求，一种法定分类最起码应该与一州的合法目的保持某种合理的关系。……尽管给予州规制经济和社会事务的权力范围有必要宽泛一点，但是当一州的法定分类触及到敏感的个人基本权利时，本院将实行更为严格的审查。……然而，在所有前面这些案件中，核心问题不可避免的是两方面的：这种分类促进了州的一种什么样的合法利益？这种分类将会危及个人什么样的基本权利？

正如在 *Glona* 一案中所说的那样：

> "我们看不出有什么可能的合理基础足以假定：如果允许生母因其非婚生子女的意外死亡获得补偿，那么非婚生的恶源就能够被消除。说妇女拥有非婚生子女，因此她们可以从他们的死亡中获得损害赔偿的假定的确是很牵强的。"（*Glona v. American Guarantee & Liability Insurance Co.*，页 75）。

然而，在这里，我们同样不能认为的是，由于后代不可能会获得工人赔偿金，所以人们将避免不正当的关系（illicit relations）。……

该法并没有实现州在合法的家庭关系上的利益。我们的判决也没有显著地影响州在最大限度地减少证据问题上的利益。在本案中，对受抚养的、未被承认的非婚生子女所做的低劣的分类，与那些工人赔偿法律能很好地实现的那些

已得承认的补偿目的之间没有什么特别重要的联系。

长久以来，非婚生身份已经通过社会对不负责任的婚外私通进行的谴责而表达出来了。但是把这种谴责强加在一个婴儿的头上是不合逻辑的，也是不公正的。更何况，使非婚生子女成为某些法律上无能力人，这与我们体制的基本观念背道而驰，我们的体制就是法律责任应当与个人责任能力及过失之间有某种关系。很显然，孩子对他的出生是没有责任的，惩罚非婚生子女是威慑父母的一种徒劳无益的、也是一种不公正的方式。法院无力防止这些不幸的孩子们所遭受的耻辱，但是平等保护条款的确使我们能够取消与出生地位相关的歧视性法律——在州没有合法的、紧迫性的或者其他利益以证明这种分类有正当理由的场合下。本案的情况就属于这种场合。

撤销原判并发回重审。

（史大晓译　邓海平校）

18. 美国农业部诉莫雷诺（*United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 [1973]）

加信塔·莫雷诺（Jacinta Moreno），一个56岁的糖尿病人，与艾米那·桑什（Ermina Sanchez）和她的三个孩子生活在一起。二人分摊生活费，桑什帮助照顾莫雷诺。他们两个人每月得到的福利救济金加在一起是208美元。除去莫雷诺那一部分房租和公用设施费用，再加上她为往返医院付出的交通费和洗衣费，她每月只剩下10美元购买食品和其他生活必需品。桑什和她的三个孩子每月获得价值108美元的食品券，但她得为此付出18美元现金。但是，根据1964年《食品券法》（the Food Stamp Act of 1964）中的"不相关个人"一节的规定，农业部将取消桑什的福利款，如果莫雷诺继续和她共同生活的话。

大法官布伦南（Brennan）宣布法院判决如下：

本案要求我们考虑1964年《食品券法》（《美国法典》第7编第2012（c）条）的合宪性。该法于1971年被修订，除了某些例外之外，该法从参与食品券计划中排除了任何含有一个与家庭的其他成员毫不相干的个人的家庭。在实际效果上，第3（e）条为了食品券的目的区分出了两类人：一类由生活在所有家庭成员都是相互联系的家庭中的个人组成，另一类则是由生活在一个或者多个成员与其他成员毫不相干的家庭中的个人组成。这后一种人被剥夺了联邦食品救济。……

一

联邦食品券计划在1964年建立，以努力减少存在于我们这个社会较贫困部分中的饥饿和营养不良。……有无资格参加该计划是在家庭而非个体的基础上予以定夺。一个有资格的家庭能购买到足够的食品券以给家庭提供营养充分的食物。家庭根据其规模大小和累积收入按照一个已经降低的比率支付这些食品券。然后，食品券就用来在零售店购买食品，政府按照面值补贴食品券，也就是支付食品的真实价格与家庭为这些食品券支付的数额之间的差额。……

在生效初期，第3(e)条将"家庭"定义为"一群相关或不相关的个人，这些个人不能是某个机构或寄宿处的居住者，而是作为一个经济单位生活，分享共有的炊事用具，食物习惯上也是共同购买"。可是，1971年1月，国会重新定义了家庭一词，以至于该词仅仅包括由相关个人组成的群体。根据这一修改，农业部长制定了一些规章，使任何家庭成员不是"全部相关"的家庭没有资格参加该计划。……

二

根据传统的同等保护分析，如果立法分类本身与一个合法的政府利益之间有合理的联系，那么该分类就必须被维护。……《食品券法》的目的在国会的"政策宣言"中被明确的表示出来了：

> "这里，宣布国会的政策是保证本国人民的健康与安乐以及提高低收人家庭中的营养水平。国会发现，低收入家庭有限的食品购买力导致了这些家庭中成员的饥饿和营养不良。国会还进一步发现在确立和维持充分的全国性营养水平中，对食品日益增长的利用将以有利于我们农业富余的分配，并增强我们的农业经济，这也会导致更有序的食品市场和食品分配。为了缓解此类饥饿和营养不良，一项食品券计划因此就得到了批准，该计划将允许低收入家庭通过正常的贸易渠道购买营养充分的食物。"……

这一受到责难的法定分类（相关的人组成的家庭和包含一个或者更多不相关的人的家庭）很明显与该法声称的目的无关。地区法院承认："组成一个经济单位且分享炊事设施的人之间的关系与他们通过购买剩余农产品刺激农业经济的能力无关，与他们个人的营养需求也无关。"……

因此，如果这种受到责难的分类要得到维持，除了国会的"政策宣言"里所陈述的那些利益外，它还必须能合理地推进某种合法的政府利益。很遗憾，几乎不存在能阐明1971年修改第3（e）条的目的的立法史。相反，确实存在的那部分立法史，表明那一修改意在防止所谓的"嬉皮士"和"嬉皮公社"(hippie communes）参与食品券计划。……这种受到责难的分类很清楚不能因国会的这一目的而被维持。因为如果"法律的同等保护"这一宪法观念意味着一切的话，它至少必须意味着国会的那种意在伤害一个政治上不受欢迎的群体的赤裸裸的愿望，不能构成一种合法的政府利益。……

尽管政府明显同意这一点，但它依然坚持认为：受到责难的分类无论如何也应该因其与在食品券计划管理中将欺诈行为降到最低点的明显合法的政府利益有合理的联系而得到维持。政府抗辩的核心是，在批准1971年修正案时，国会可能已经合理地考虑到：（1）有一个或者多个不相关的人的家庭比成员“全部相关”的家庭更可能包含通过欺诈性的不报告收入来源或以自愿保持贫困的方式来滥用计划的个人；且（2）这样的家庭是“相对不稳定的”，因而增加了检查这种滥用的困难。但是，即使我们承认政府关于“相关”和“不相关”家庭之间差异的全部毫无事实根据的假设是合理的，我们仍然不能同意政府的结论，政府结论道，对所有否则是适格的、包含不相关成员的家庭拒绝必要的联邦食品救济就是一种处理这些考虑的合理的努力。

首先，重要的是指出《食品券法》本身包含一些完全独立于第3（e）条、专门指向欺诈问题和自愿贫穷问题的规定。……

更何况，在实际效果上，这个受责难的分类并没有合理地促进防止欺诈的努力。前面已经指出，第3（e）条将一个适格的“家庭”定义为“一群相关的个人……（这些个人）（1）作为一个经济单位生活（2）共用炊事用具（且3）食品习惯上是共同购买”。因此，生活在一起且满足所有这三个条件的两个不相关的人将构成一个不具获得救济资格的家庭。可是，如果经济上可行，同样是这两个个人，他们可以合法地避免因属“不相关的人”而遭排除的情况，只要变更一下他们的生活安排以便消除这三个条件中的任何一个就可以了。这样做，他们就有效的创造出两个分离的“家庭”，其中任何一个都有资格获得救济。……

因而在实际操作中，1971年修正案不是将那些“有可能滥用该计划的人”，而仅仅是将那些极度需要救济，以至于甚至负担不起变更他们的生活安排，以保留资格的人排除在参与该计划之外。传统的同等保护分析并不要求每一种分类都应该用确切的“数学的精确性”来划分。……但是，这里争论的分类不仅仅是“不确切”，它完全没有任何合理基础。地区法院根据第五修正案的正当程序条款而主张“不相关个人”这一规定无效的判决因而得到了维持。

（史大晓译　邓海平校）

19. 里德诉遗产管理人里德（*Reed v. Reed, Administrator*, 404 U.S. 71 [1971]）

20世纪60年代和70年代对平等的追求最终指向了长久以来对妇女地位和权利的歧视。妇女权利得到了广泛的激进主义支持和政治支持，还有伴随着对另一半的好斗的有组织的努力。这一斗争相当一部分涉及消除那些限制妇女享有平等机会和控制自己生活的法律上的障碍和歧视。对美国宪法的平等权利修正案的渴求，连同联邦、州和地方的肯定性的行动计划，显示了妇女运

动最显著最重大的目标。最高法院不可避免地直面性别歧视的案件，这些案件所体现出来的争点与涉及种族的案件体现出来的争点相类似。其中相当一部分涉及以歧视为必备要件的法律和行政实践。比如，一个典型的案例是关于一个校董事会要求怀孕的教师在分娩前休五个月不带薪水的产假。另外，也不保证重新雇佣该教师，仅仅是重新分派她能胜任的位置时给予她优先地位。本院基于违反十四修正案的正当程序条款取消了这一做法（*Cleveland Board of Education v. LeFuleur*, 414 U.S. 632（1974））。下面的这一案件及其对同等保护原则的运用，或许体现出了处理公然的性别歧视的判决所具有的重要力量。

首席大法官伯格（Burger）宣布法院判决如下：

理查德·利恩·里德（Richard Lynn Reed），一个未成年人，于1967年3月29日在爱达荷州的阿达郡死去，死时没有遗嘱。他的继父母，他们在他死之前已经别居一段时间了，是本上诉的两造。理查德死后大约7个月，他的母亲即上诉人莎丽·里德（Sally Reed）便在阿达郡的遗嘱法院提起了请求，要求被指定为她儿子遗产的遗产管理人。在对这个母亲的请求进行听证的预定日期之前，被上诉人塞西尔·里德（Cecil Reed）即死者的父亲提出了抗辩请求，要求他被指定为其子遗产的遗产管理人。遗嘱法院对两种请求举行了一个联合听证会，其后基于塞西尔根据法律的宣誓和提交了保证金，法院判决遗产管理委任状颁发给被上诉人塞西尔·里德。该法院将《爱达荷法典》的第15—312条和第15—314条当作支配性的法律来对待，并且将这几条理解成因为塞西尔是男性就必须给他优先权。

第15—312条指定了有权管理未有遗嘱而亡者的遗产的人。在作出这种指定时，该节列举出11类享有此种权利的人并且在实质上规定，这些人在本节被列举出来的顺序将决定相互竞争的遗产管理委任状的请求者的有关权利。如此列举的十一类人中的一类为“未有遗嘱而亡者的父亲或者母亲”。根据本节，那么，上诉人和被上诉人，作为同一顺序的人，看来平等地享有管理其子遗产的权利，可是，第15—314条却规定：

“于请求遗产管理和平等享有第15—312条下的管理权利的数人中，男性优先于女性，直系亲属优先于旁系亲属。”

在签发其判决时，遗嘱法院（probate court）明确承认第15—312条中的两种申请人权利的平等性并且指出任何一方申请人都不是处于法律上的无能力之下，可是法院却判决被上诉人作为男性——因《爱达荷法典》第15—314条之故——应该优先于女性。在陈述在这个结论时，遗嘱法官并没有暗示它曾要努力断定相互竞争的申请者履行随着遗产管理而来的那些职能的相关能力。看起来很明显的是，遗嘱法官考虑他自己受制定法的约束，因而判决男性优先于女性，而每一方本是“权利平等”的。

莎丽·里德对遗嘱法院的判决提起上诉，她的上诉被爱达荷第四司法区的地区法院视为是对第15—314条进行的从宪法角度的攻击。在处理这一攻击时，该法院坚持认为受到指责的这一节违反了十四修正案的同等保护条款，因

而是无效的，该案已经被裁定“发回遗嘱法院，以决定双方中哪一方”更有资格管理遗产这一问题。

这一裁定从未得到执行，因为塞西尔·里德向爱达荷最高法院提起了更进一步的上诉，该院撤销了地区法院的裁定并且恢复了指定父亲为遗产管理人的原始判决，在得出这一结果时，爱达荷最高法院首先论述了管辖的法律，认为根据第15—312条“一个父亲和母亲具有‘平等权利’获得遗产管理委任状”，但是第15—314条给予男性的优先权则是“强制性的”，并没有遗嘱法院在任命遗产管理人时可以行使的自由裁量权的余地。在如此决定性地且权威地解释了所涉及的条款之后，爱达荷最高法院又审查并拒绝了莎丽·里德的抗辩。莎丽·里德的抗辩认为第15—314条赋予男性对女性的优先权，而不考虑他们作为可能的遗产管理者的个人条件，违反了同等保护条款。……

莎丽·里德于是诉至本院要求审查。在翻阅了案卷并考虑了两造的陈述和言辞辩论之后，我们的结论是，《爱达荷法典》第15—314条确立的武断的、有利于男性的优先权在第十四修正案的要求面前是站不住脚的，该修正案要求任何一州均不应该对其辖区内任何人拒绝法律的同等保护。

爱达荷州当然没有拒绝将遗产管理委任状发给妇女。事实上，根据第15—312条，一个其夫未有遗嘱而亡的妇女优先于儿子、父亲、兄弟以及死者的任何其他男性亲属。更何况，我们从司法上能注意到在我们的国家，大概由于妇女有更长的寿命，很大一部分遗产，不论是亡者未有遗嘱还是根据亡者的遗嘱，是由仍然健在的孀妇来管理。

第15—314条在其实施中仅限于那些条15—312条所确定的同一顺序中的男性成员和女性成员都已经提出竞争申请请求遗产管理委任状的情况。在这种情况下，第15—314条规定基于性别，给予申请人不同的待遇，因而它确立了一个应受同等保护条款审查的分类。

在适用这一条款（指同等保护条款——译者）时，本院一贯承认第十四修正案并不否认各州有权以不同的方式对待不同类别的人。……可是这一修正案的同等保护条款却否认各州有权立法规定给被一法律（基于与其目标完全无关的标准而）设定为不同类别的人予以不同的待遇。一个分类方法“必须是合理的，而非武断的，必须建立在与立法目标相关的一个公正的、实质的差别之上，以便所有境况类似的人才能被类似对待”（*Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U.S. 412, 415［1920］）。本案提出的问题则为，请求遗产管理委任状的相互竞争的申请者在性别上的差异，是否与试图以第15—312条和第15—314条的实施来推动的州的目标有一种合理的关系。

在维持第15—314条的过程中，爱达荷最高法院结论道，它的目的在于，当两个或者更多根据第15—312条享有平等资格的人请求遗产管理委任状且因此将“应该指定一人的争议”提交遗嘱法院时，消除一个存在争议的区域。该法院还结论道，在这类人不属于同一性别的情境下，将女性排除在考虑之外既非一个不合逻辑的也非一个武断的方法，而是立法机关设计出来的，用以解决否则需要就两个或更多的提出请求的亲属（petioning relatives）的有关是非曲直举行一个听证会的争议。

很明显，通过取消一类抗辩来削减遗嘱法院的工作负担这一目标并非不具有某种合法性，然而，关键问题在于，第15—314条是否是以与同等保护条款

相一致的方式来推行这一目的。我们认为不是。给一性别的成员一个优于另一性别的成员的法定优先权，仅仅是为了取消就是非曲直举行听证会，就是作出了一种为第十四修正案的同等保护条款所禁止的武断的立法选择，并且无论这种选择在避免家庭内部纷争上有什么样的积极意义，仅仅基于性别来规定这种选择都是不合法的。

最后，我们指出，如果第15—314条被视作仅仅是对第15—312条的一个修正性的补充并且指向相同的目标，它的合宪性也不因之而得到支持。第15—312条的目标显然是要根据不同类别的人与无遗嘱死者的不同程度和不同种类的关系来确定这些人的权利等级。无论其性别如何，该节列举出来的类别范围内的任何人就这一目标而言其境遇都是类似的。由于为境遇类似的男人和女人规定不同待遇，因此，受到指责的这一节违反了同等保护条款。……

（史大晓译　邓海平校）

20. 弗朗提洛诉国防部长里查德森（*Frontiero v. Richardson, Secretary of Defense*, 411 U.S. 677 [1973]）

Reed v. Reed 案根据同等保护原则，仅仅隐晦地对性别作为一个不可信的问题提出了质疑。但是，在下面的这个案子中，四个大法官断然作出结论，性别分类（sex classification）从来就是值得怀疑的。可是多数意见中的其他大法官却主张，考虑到当时仍然悬而未决的平等权利修正案，让法院作出这样一个裁决是不适当的。在 *Frontiero* 一案判决后的十年间，最高法院的人事变动以及未能通过提交的修正案使得这个争议仍处于或明或暗之中，法院也在狭窄且没有理论指导的基础上判案。弗朗提洛（Frontiero）女士是一个空军官员，她以她“所供养的（dependent）”丈夫的名义请求增加津贴。联邦制定法向来为男性军人的妻子们规定了房租补贴和医疗津贴，但是对女军人的男性配偶，只有在其一半以上的生活来源依靠该女军人时，才向他们提供这些补贴。

大法官布伦南（Brennan）宣布法院判决如下：

我们面前的问题涉及部队中女性成员……在同等条件下为增加房租补贴和医疗以及牙医津贴之目的，而声称其丈夫是“受抚养亲属”的权利。根据这些制定法，一个男性军人可以声称其妻子是一个“受抚养亲属”，而不管事实上她的任何部分的经济来源上是否依赖于他。在另一方面，一个在军中服役的妇女却不能声称其丈夫是这些福利项目下的“受抚养亲属”，除非事实上她丈夫在其一半以上的经济来源上依赖于她。……这样，要决定的问题就是这种待遇

上的区分是否违反了第五修正案的正当程序条款，是否构成了对在军中服役的妇女的违宪歧视。阿拉巴马中区的一个三人组成的地区法院（其中一个法官持不同意见）驳回了这一抗辩并且维持了这些制定法作出这一区分的规定的合宪性。……

上诉人沙朗·弗朗提洛（Sharron Frontiero），一个美国空军上尉，以她的丈夫即上诉人约瑟夫·弗朗提洛（Joseph Frontiero）是她的“受抚养亲属”为理由，为他请求增加房租补贴以及住房和医疗津贴。尽管这类津贴在遇到部队中男性成员的妻子的情况时会被自动地授予，但是上诉人的申请因为她未能证明她丈夫在其一半以上的经济来源上依赖于她而遭到了拒绝。于是上诉人就提起了这一讼案，她争辩道，这些制定法通过作出这一区分造成了不合理的性别歧视，违反了第五修正案的同等保护条款。本质上，上诉人认为这些制定法的歧视性影响具有两面性：第一，是一个程序上的问题，它要求一个女性成员证明其配偶的受抚养地位，而男性成员却不负有这样的义务；第二，是一个实体性问题，没有为妻子提供一半以上的经济来源的男性成员可以获得津贴，可是处境相同的女性成员却被否定了此类津贴。上诉人因而请求一个长期禁令以否定这些制定法继续有效，同时也请求一个判决，使被上诉人向弗朗提洛上尉提供与其处境相同的男性成员可获得的同样的住房和医疗津贴。

尽管这些制定法的立法史并没有表明给予男性成员和女性成员差别待遇的目的何在，可是这个三人地区法院的大多数意见却猜测认为，国会这样做可能是有理由的，既然丈夫在我们这个社会中一般是家庭中的“养家糊口的人”——而妻子则为典型的处于受抚养地位的伴侣——“要求为其丈夫请求权利的已婚女性成员证明其丈夫事实上的受抚养地位，比将这种受抚养地位的假设径直适用于这些成员要更为经济合理。”……

上诉人一开始就争辩道，基于性别的分类就像基于种族、外国人身份和原籍国所做的分类一样本来就是值得怀疑的，因而必须受到严格的司法审查。我们同意并且事实上，我们至少也在上一开庭期我们全体一致通过的 *Reed v. Reed*, 401 U.S. 71 [1971] 案判决中为这一原则找到了隐含的依据。

在 *Reed* 案中，本院考虑了一个爱达荷州制定法的合宪性问题，该法规定，当两个公民有平等的被指定为一遗产的管理人的权利时，男性申请人应当优先于女性。……

本院含蓄地拒绝了被上诉人对该制定法安排的看似合理的解释，并且在不考虑特殊申请人的个人条件的情况下结论道，该受到质疑的制定法规定的是“给予处境相同的男性和女性不同的待遇。”……这种对有关性别分类的“传统的”理性基础分析的背离，显然是有正当理由的。

毫无疑问，我们的国家很不幸有长期的性别歧视的历史。传统上，这样的歧视被一种“浪漫的家长作风”的态度合理化了，这种作风的实际结果不是对妇女的尊重而是将她们锁入了囚笼之中。事实上，这种家长作风式的态度在我们的国民意识中是如此的根深蒂固，以至于一百年前本院一个杰出的成员就能宣称：

> “男人是或者应该是女人的保护者和防卫者。女性特有的天生的胆怯和精细使其明显不适于公民生活中的许多工作。建立在神的规条及自然规则之中的家庭组织的构成，表明家政领域

> (domestic sphere) 完全属于女性的领地及职能。家庭机制中有或者应当有的利益及观念的和谐（如果不是同一（identity）的话），与妇女选择一个不同于且独立于她丈夫的职业这种观点，是背道而驰的。……
>
> "妇女的最高目标和使命就是尽到属于妻子和母亲的那份高贵的、和蔼的职责。这是造物主的法律。"

(*Bradwell v. Illinois*, 16 Wall. 130, 141 [1873])（Bradley, J., 同意。）

这些观念的结果就是，我们的制定法体系中渐渐地充斥了明显错误的、老套的对两性作出的区分，并且事实上，在十九世纪的大部分时间里，我们社会中妇女的地位在很多方面是可以与内战前处在奴隶法律之下的黑人地位相比的。奴隶和妇女都不得担任公职，不得担任陪审员，也不能以他们自己的名义提起诉讼，并且已婚妇女向来被剥夺了持有或转让财产以及作为他们孩子的法律监护人的法律能力。……尽管黑人在 1870 年被授予了选举权，但是在半个世纪后的十九修正案通过以前，妇女的这一权利还是被否认了——该权利本身是"其他基本的公民权利和政治权利的保护剂"。

当然，在近来的几十年中美国妇女的地位已有了明显的提高也是事实。不过，我们很难怀疑（这部分是由于性别特征的高度显著性），妇女在教育体制中、在就业市场中依然面临普遍的尽管有时是更加微妙的歧视，或许在政治舞台上最受轻视。……

更何况，既然性别像种族和原籍国一样仅仅是由出生这一事件所决定的，人们是无以改变的，那么将一些专门的资格丧失因为性别而强加于某一性别的成员的做法，看来就违反了"在我们的体制中法律责任应该与个人责任具有某种联系这种最基本的概念……"（*Weber v. Aetna Casualty-Surety Co.*, 406 U.S. 164, 175 [1972]）。并且，将性别标准从智力或者身体残疾这种不受怀疑的制定法（nonsuspect statutes）区别开来，并使之成为与公认的值得怀疑的标准一样，是因为性别特征往往与履行职责的能力（ability to perform）或向社会作出贡献的能力毫无关系。结果，制定法对两性作出的区分经常是不公平地使整个女性阶层处在一个低等的法律地位之上，而不论这个阶层中的个体成员的实际能力如何……

清醒地考虑到这些因素，我们只能作出结论，基于性别的分类与基于种族、外国人身份或者原籍国的分类一样本来就是值得怀疑的，因而必须受严格的司法审查。如果运用这种更为严格的审查标准分析一下，我们面前的法定安排在宪法上是无效的这一点就是十分清楚的了。……

政府承认根据这些制定法给予男女两性差别待遇了除了"行政便利"之外别无其他目的。实质上，政府坚持认为，妻子在我们社会中经常是依赖于她们的丈夫，而丈夫却几乎不依赖于他们的妻子，这主要是一种经验上的事情。这样，政府争论到，结论性地假定男性成员的妻子们在经济上依赖于她们的丈夫，而女性成员却得承担确定其丈夫事实上的受抚养地位的举证责任，这将会是成本低廉且容易操作，因而国会在作出这一结论时或许有其正当理由。

可是，政府并没有提供具体的证据支持它的观点：这种差别待遇事实上为政府节省了资金。要满足严格司法审查的要求，政府必须证明，比如，给予所有的相关男性成员以增加的津贴，比断定哪一个男性成员事实上有权得到该种

津贴及比仅仅给予其妻子真正符合受抚养要求的男性成员以增加的津贴从成本上来看确实要低廉。可是，如果加以验证的话，有很确切的证据证明许多男性成员的妻子并不符合获得津贴的条件。并且考虑到女性成员丈夫的受抚养地位的判断，在目前仅仅是根据书面证词而非通过成本更高的听证程序作出的这一事实，政府对法定安排的解释即使往小处说也是有问题的。

在任何案件中，我们先前的判决清楚地表明，尽管政府项目的有效率的管理并非没有重要性，“宪法承认比速度和效率更高的价值”。（*Stanley v. Illinois*，405 U.S. 645，656 [1972]）。并且当我们进入“严格司法审查”时，“行政便利”无疑并非一个口号，对它的限制要求合宪性。（参见 *Shapiro v. Thompson*，394 U.S. 618 [1969]；*Carrington v. Rash*，380 U.S. 89 [1965]）。相反，任何仅以获得行政便利为目的在两性之间划出一条明显的界线的法定安排，必然要求“给予处境相同的男性和女性不同的待遇”，因而就涉及“宪法禁止的那种武断的立法选择”（*Reed v. Reed*，404 U.S. 71，at 77，76）。因此，我们认为，这些受到质疑的制定法仅以取得行政便利之目的而给予在军中服役的男性成员和女性成员差别待遇，由于它们要求一个女性成员证明她丈夫的受抚养地位，因此就违反了第五修正案的正当程序条款。

推翻原判。

（史大晓译　邓海平校）

21. 古德堡诉凯利（*Goldberg v. Kelly*，397 U.S. 254 [1970]）

福利国家与行政程序是密不可分地联系在一起的。大规模的社会和福利项目共同创造了一个庞大的行政官僚体制，它通常被赋予范围广泛的规制权、调查权以及决策权，这些权力大多都是自由裁量性的。专断的、滥用职权的行为不可避免地发生了，并且不可避免地产生了不公正。将行政机关置于严格的正当程序要求之下，是最高法院对人权日益关注的另一种表现。在下面这个案件中，纽约的救济金领受者在其救济金未经事先通知和听证的情况下被终止时提出了抗议。

大法官布伦南（Brennan）宣布法院判决如下：

需要判决的问题是，停止向某一特定的领受者支付公共救济金前没有提供给他一个获得听证的机会的州，是否违反了十四修正案的正当程序条款，剥夺了该领受者应获得的程序性正当程序。……

该州的规章规定，地方程序必须至少在生效期日之前七天向领受者送达通知书，表明欲拟终止或暂停的原因，也必须通知领受者，他可以请求地方福利官员审查该建议，该地方福利官员的职位应当比欲拟终止和暂停发放补助金的

监督员更高，并且还得进一步通知领受者，为审查起见，他可以提交一份书面陈述以说明为什么他的补助金不应该被终止或暂停。由审查官作出的终止或暂停决定必须迅速作出，并将决定以书面形式通知领受者。

被上诉人对这个程序的质疑，主要强调的是该程序中缺乏规定领受者亲自在审查官前出现，以进行口头证据呈示及相反证人对质和交叉质问的条文。然而，通知书确实已告知领受者可以请求一个终止后的“公平听证”。这是一个在独立的州听证员面前进行的程序，在这一程序中，领受者可以亲自出席，提供言辞证据，质问并交叉询问对其不利的证人，并且获得一份听证会的记录。如果领受者在“公平听证”中获胜，他就会被支付曾被错误扣留的救济金。……若“公平听证”的决定没有恢复救济金，领受者可以申请司法审查。……

因此，我们需要决定的宪法争议的范围是很窄的，即正当程序条款是否要求在救济金被停止支付之前给领受者提供一个听证会。地区法院认为只有终止前听证会才能满足宪法的要求，而拒绝州和城市官员的论点，这些州和市政官员认为终止后“公平听证”和非正式的终止前审查相结合解决了所有正当程序请求。……

上诉人并不主张程序上的正当程序不适用于停止支付福利救济金。这类救济金对有资格接受它们的人来说是一项法定权利。它们的停止支付涉及对重要的权利作出判定的州行为。一种宪法性质疑并不能从那种认为公共救助基金是“一项‘特权’而不是一项‘权利’”的论点中得到答案。（*Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, 页 627, 注 6 [1969]）。适用于失业救济的资格丧失（*Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 [1963]）或者拒绝一项税收的减免（*Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 [1958]）或者解除公职（*Slochower v. Board of Higher Education*, 350 U.S. 551 [1956]）的相关的宪法性限制，同样也适用于取消公共补助。必须在何种程度上给予领受者程序上的正当程序，受制于他可能在何种程度上“因此遭受了严重损失”（*Joint Anti-Fancist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123, 168 [1951]），并且取决于领受者在避免那种损失中的利益是否比简易裁判中的政府利益更重要。相应地，像我们在 *Cafeteria & Restaurant Workers Union v. McElroy*, 367 U.S. 886, 895 [1961] 一案里所说的那样，“在任何特定的环境中，考虑正当程序可能要求什么样的程序，必须从确定所涉及的政府职能的确切性质开始，同时也要确定受政府行为影响的个人利益的确切性质”。……

当然，一些政府救济金可以被行政性地加以终止，而不必给领受者提供一个终止前的听证。但是，我们同意地区法院这一观点，即当福利被终止时，只有一个终止前听证会才能给让领受者获得程序性的正当程序。……对合格的领受者来说，福利提供了获得必要的食物、衣物、住房及医疗保健等事项的手段。……这样一来，这个语境中的决定性因素——这个因素在诸如上了黑名单的政府承包商、被解雇的政府雇员、被拒绝税收减免的纳税人或者被终止了政府权利的几乎其他任何人的情况下都没有出现——是：在适格与否的争论得到解决之前就停止救济，可能剥夺一个合格的领受者在等待阶段仅存的赖以为生的手段。既然他缺少独立的生活来源，他的境况立即就会变得令人绝望。他需要集中精力寻找维持日常生计的手段又极坏地影响到他从福利机构中寻求补偿的能力。

更何况，提供给领受者一个终止前听证会，政府的重要利益也因而得以促进。从建立之日起，这个国家的基本追求一直是促进它的领土范围内的所有人的尊严和福利。我们已经逐渐认识到，是那些不在穷人控制范围之内的力量导致了他们的贫困。在我们的传统背景下，这一观念极大地影响了当代公共救济体制的发展。福利，通过满足维持生计的最基本的要求，能够让穷人获得其他人可以获得的有意义地参加社区生活的同等机会。与此同时，福利也能防止那种产生自普遍的不公正的沮丧感及不安全感的社会弊病。因此，公共救济并不只是一种慈善行为，而且也是"促进普遍的福利并保证我们自己以及子孙后代的自由福祉"的一种手段。那些要求向有资格获得福利的人提供福利的政府利益，同样也要求不间断地向他们提供此种福利；若要终止，则终止前听证会是必不可少的。

上诉人并没有对这些考虑的效力提出质疑，但是他们争论道，与这些考虑相抗衡的保存财政资源及行政资源的政府利益却盖过了这些考虑。他们继续争论道，这些政府利益证明听证会延迟到补助金终止后才进行是合理的，通过在发现一个领受者不再符合条件的理由后立即停止支付补助金，简易裁判保护了公共财政。既然大多数福利终止决定都被接受而没有受到质疑，那么通过减少实际举行的听证会的数量，简易裁判也就保存了财政及行政上的时间和精力。

然而我们同意地区法院的观点，即在福利语境中，这些政府利益并不是高于一切的。事前听证的要求毫无疑问地需要一些更大的开支，并且在听证会的决定做出之前支付给不适格领受者的救济金很可能很难收回，因为这些领受者们很可能对判决无动于衷，但是州也并不是没有手段使这种成本增加最小化。很多财政和行政资源的消耗，能够通过发展快捷的终止前听证程序和人员及设施的熟练使用得到减少。事实上，纽约的家庭救济计划（Home Relief program）中对终止后听证会的规定，其本身正是一个很有说服力的证据，它证明该州承认在有关合格与否的正确裁判中的公共利益的首要性，并因而也承认在程序性保障上的公共利益的首要性。因而，合格的领受者在福利救济不被中断这一点上的利益，连同州在该领受者的救济不应被错误终止之上的利益，很明显要比州为防止财政和行政负担的任何增加所做的对抗性考虑来得重要。地区法院正确判决道："对福利领受者而言，风险真是太高了，出现诚实的错误和易引起激怒的误判的可能性也太大了，以至于不能允许不给领受者一个机会就停止救济，如果他要求，他就不能不被充分告知这件于其不利的事情，以便他驳斥它的基础并提出反证。"……

可是，我们也同意地区法院的这个观点，即终止前听证会不需要采取司法审判或者是准司法审判的形式。我们要在脑子里记住法定的"公平听证"将使领受者得到一个完全的行政审查的机会，相应地，终止前听证会仅仅具有一种职能：作出一个福利部门停止支付的理由是否有效的初步决定，以保护领受者免遭错误地终止其福利救济之苦。……这样一来，一份完整的记录和一个综合全面的裁判意见——主要被用来便利司法审查并指导未来的判决——不需要在福利终止前这一阶段就作出来。我们也承认，在相对快速地解决是否合格的问题上，福利当局和领受者都具有切身利益，他们习惯于非正式地相互做交易，并且一些福利部门也有难以负担的案件数量。这些考虑表明，限制听证会使其处于最低限度的程序保障的水平上，根据福利领受者特殊的特点对其加以调

整，以及将其限定在有待解决的争议问题的有限性质上，都是合理的。我们希望补充一下，我们和持不同意见的大法官一样，也承认在这一发展中的法律领域中不向州和联邦政府强加任何超出基本的正当程序所要求的程序要求具有重要意义。

“法律的正当程序的根本要求是得到听证的机会。”（*Crannis v. Ordean*，243 U.S. 385，394（1914））。听证会必须“在一个有意义的时间里，以一种有意义的方式进行。”（*Arnstrong v. Manzo*，380 U.S. 545，552［1965］）。在目前这个情境下，这些原则要求领受者获得及时、充分的详细说明拟终止其福利的原因的通知和一个有效的机会，以使之通过质问反方证人以及口头提出自己的论点和证据为自己辩护。

得到听证的机会必须以将得到听证的人的能力和情况而定。一个福利领受者可以通过他的社会工作者以书面或者第二手材料的形式将他的立场提交给决策者是不够的。对大多数缺少必要的教育素养以有效地进行书写和不能获得职业援助的领受者而言，提交书面意见是一种不现实的选择。而且，书面意见提交不具有口头表达的灵活性；它们不允许领受者将其论点塑造成决策者看来重要的议题。

几乎每一次当重要的决定取决于事实问题时，正当程序都要求一个质问和交叉询问对方证人的机会。……因而，福利领受者必须被赋予一个质问和交叉询问福利部门所依赖的证人的机会。

“在许多情况下，如果不包括通过辩护律师得到听证的权利的话，得到听证的权利就没有多大的用处。”（*Powell v. Alabama*，287 U.S. 45，页68—69［1932］）。我们不是说在终止前听证会上必须提供辩护律师，只是说领受者必须被允许聘请律师（如果他希望如此的话）。律师能有助于理清议题，以一种有序的方式展示事实上的论点，进行交叉询问，并从整体上保护领受者的利益。我们并不期望这种援助过度延长或者拖累听证会。很明显，HEW[①]也得出了相同的结论。……

（史大晓译　邓海平校）

22. 加利福尼亚大学董事会诉贝克（*Regents of the University of California v. Bakke*，438 U.S. 265［1978］）

旨在支持特殊的种族、民族或者性别团体的“积极行动”（Affirmative Action）和配额计划，因新计划的要求最终引发了关于被解除工作或着被排除在一些机会之外的人的权利的宪法性问题。职业学校的入学问题牵扯到一些具有代表性的例子。在一项为黑人和妇女提供机会的努力中，提供了特殊的入学标准、计

① 指美国原卫生、教育和福利部（Department of Health，Education and Welfare）。——译者注。

划和经济资助。可是这样的一些努力有时却排除了一些个人的入学资格，尽管他们的条件要么优于要么符合接收标准。在 De Funis v. Odegaard, 416 U.S. 312 [1974] 一案，法院拒绝根据是非曲直面对该争议，因为德·福尼斯（De Funis）已经得到了法学院的入学资格并且由于下级法院的诉讼程序问题他已经几乎完成了他的学业。可是，在下面 *Bakke* 一案中，法院却牢牢抓住宪法的含义。位于戴维斯（Davis）的加利福尼亚大学医学院既有常规的普通入学计划又有特殊入学计划，在一个一百人的年度班级里为指定的少数民族保留了十六个位置。贝克（Bakke）两次都未被给予入学资格，尽管他取得的考试分数要比已经成功入学的少数民族申请者的分数高并且为后者保留的位置中仍然有四个空缺。贝克提起了诉讼，声称特殊入学计划基于他的种族将他排除在外，违反了第十四修正案的同等保护条款，违反了《加利福尼亚州宪法》，违反了 1964 年《民权法案》。

大法官鲍威尔（Powell）宣布法院判决如下：

1964 年《民权法案》第 6 条（《美国法典》第 42 编第 2000d－4 条）的措辞如同同等保护条款的措辞一样在其文风上是庄严的：

"美利坚合众国内的任何人不得基于种族、肤色或原籍国而被排除参与任何受到联邦财政援助计划或者行动，或者被被剥夺从中受益或者在其中遭受歧视。"

"歧视"的概念就像"法律的同等保护"这个短语一样，很容易得到各种各样的解释，因为正如霍姆斯（Holmes）大法官所说的那样："一个单词并不是一个晶体，透明而且不会发生改变，而是活生生的思想的皮肤并且根据它所使用的环境和时代，在颜色和内容上可以有巨大的变化。"……对汗牛充栋的第六条立法历史的考察揭示出，国会意在停止向那些违反禁止种族歧视禁令的实体提供联邦资金，这种禁令与宪法的禁令类似。尽管从具体的语境中抽取的不同立法者的孤立言论，可以聚结起来支持那种认为该第 6 条实施了一个不考虑肤色的方案的主张（而不管同等保护条款的效力范围如何），但是这些评论必须在国会所针对的问题和彻底考察立法争论过程中出现的有关该制定法的更宽泛观念这两种背景下解读。

国会遇到的问题是在联邦资金领受者方面出现的对黑人公民不利的歧视。……

在表述这一问题的过程中，第六条的支持者们反复宣布该法案贯彻了宪法的原则。例如，众议院司法委员会主席兼众议院立法领袖赛勒议员（Representative Celler），在介绍该法案时强调了这一点：

"该法案将会保证联邦资金资助的医院不会拒绝给黑人充分的治疗。它将防止对食品分发计划的滥用，人们已经知道多余的食品供给没有给黑人而是将这些食品给了白人。它将确保黑人在联邦资金资助的高等教育计划中得到现在只给予白人学生的补贴。简而言之，它将确保在享用联邦基金过程中既存的同等待遇的权利。它不会破坏任何私有财产的权利和结社自由。"（110 Cong.

Rec. 1519（1964））。

其他提案人也持与赛勒议员同样的观点，即第6条体现了宪法的原则。……

就清晰的立法意图来看，第六条必须被认为仅仅是要禁止有可能违反同等保护条款或者第五修正案的种族分类。……

在这场关于司法审查范围的激烈斗争中，双方对特殊入学计划的适当性问题采取了一个明显不同的初步立场。原告宁愿将其视为在该医学院确立了一个少数民族代表的"目标"。被告在下文回应中将其标签为一个种族配额。

这一语义区别离题了：特殊入学计划不可否认是在种族和民族基础之上的分类。在存在一些至少可以填满十六个特殊入学位置的符合要求的少数民族申请者的程度上，白人申请者在这个班级中只能占有84个位置，而不是这100个位置都对少数民族申请者开放。无论这一限制被描述成一个配额还是被描述成一个目标，这都是在种族和民族的基础上划出的一条界线。……

"依其规定，第十四修正案第一节所创设的权利是保障给个人的。其确立的权利是个人的权利"，这已经是不成问题的了。……同等保护的保障不能在适用于一个个人时意味着是一样东西，而在适用于另外一种肤色的人时又意味着是另外一样东西。如果双方都没有得到同样的保护，那么这就是不平等。

不过，上诉人认为下级法院错误地将严格的司法审查适用于特殊入学计划，因为白人男性比如被告并不是一个在多数主义的政治进程中需要额外保护的"离散的孤立的少数民族"。……可是，我们从未将这里的理由作为对种族或民族区分进行严格审查的前提条件而引入我们的判决。本院也从未认为离散性和孤立性是构成主张一个特别分类是不公平的必要前提条件。……可是，种族的和民族的分类应当受到严厉的审查，而不管这些附加特征如何。我们在初期的一些案件中明确地承认种族区分是值得怀疑的：……

"所有剥夺一个单一种族团体的民权的法律限制都必然是值得怀疑的，这并不是说所有此类的限制都是违反宪法的。而只是说要对它们（指这些限制）进行最严格的审查。"（*Korematsu*，323 U.S.，页216）。

本院从未怀疑过这些宣告的有效性。任何种类的种族和民族区分自然是值得怀疑的，并且也因此需要最严格的司法审查。……

将第十四修正案的保证捆绑在争取一个少数种族平等的斗争上已经是不可能的了。在同等保护条款尚未出现的时候，美利坚合众国就已经成一个少数民族的国家了。每一个民族不得不斗争——在某种程度上现在仍然在斗争——并非是要战胜一个人口占多数的单一民族的偏见，而是要战胜由许多不同的少数民族组成的"多数民族"（majority）的偏见，据说——或许在许多案件中都是不公正的——这些少数团体的一个共同的特点便是想使其他团体处于劣势地位。随着这个国家扩展到许多土地上，该条款的适用范围也渐渐地适用于所有寻求保护以免于官方歧视的民族团体。……

尽管许多第十四修正案的创制者们将它的作用视为缩短黑人种族成员和白人"多数民族"之间距离的桥梁，但该修正案本身是以普遍性的术语被创制出来的，而不考虑肤色、民族、宗教或者先前奴隶状态的情况。由于本院最近在解释1866年《权利法案》并将其适用于反对白人的种族歧视时说，"第39届国会意在联邦法律中确立一条比仅仅是针对新近解放的黑人奴隶的特殊且直接

的境况更为宽泛的原则。”（*McDonald v. Santa Fe Trail Transportation Co.*, 427 U.S. 273, 296 [1976]）。……

上诉人敦促我们首次采纳一种对同等保护条款的理解更为严格的观点，并且认为对白人“多数民族”成员歧视不能被质疑，如果它的目的可以用“温和”来加以形容的话。可是，我们自由时钟却不能退回到 1868 年。*Brown v. Board of Education* 一案……那种认为对所有人的同等保护保障允许给一部分人的特殊保护，在一定程度上比给其他人的保护大一些的论点已经太晚了。……

就如上面所观察到的那样，白人“多数民族”本身也是由各种各样的少数民族团体构成的，大多数这种团体都自以为有一段由于州和公民个人的原因造成的对他们进行先验歧视的历史。并不是所有的这种团体都能得到特惠待遇及相应的司法对以种族和国籍作出的区分的纵容，因为到那时仅存的惟一的“多数民族”将会是一个由盎格鲁—萨克森新教徒构成的新少数民族了。对于断定哪一个将团体值得“高度的司法关怀”而哪一个团体将不值得这样，这之间并没有一个原则性基础（principled basis）。……

如果是个人而不仅是特殊团体中的个人有权获得司法保护，以反对基于种族及民族背景作出的分类（因为这种区分侵犯了个人权利），那么宪法的标准就可以得到前后一致的适用。认为这一特殊的区分有其必要性的政治判断应该放到宪法的天平上来衡量一下（*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 [1944]），但是正当性标准却将保持不变。这就是说如它本来所应该的那样，因为这些政治判断是相互竞争的团体在民主程序中作出的粗略妥协的结果。当它们触动一个个人的种族和民族背景时，他就有权获得一个司法判决：在那种基础上要求他承担的责任就是为了实现紧迫性的政府利益。宪法保证每个人都享有这种权利而不考虑他的背景。……

上诉人争辩道，本院也曾间或同意过特惠分类而没有适用最严格的审查。……

在此引用学校废止种族隔离案件是不恰当的。每一个学校废止种族隔离的案件都涉及对已经清楚判定的违宪行为进行救济。……这样，种族分类就是作为对宪法权利进行救济的方式而设计的。……但是，我们从未在没有判定的违反宪法或者制定法行为的情况下同意特惠分类。

上诉人又以类似的理由争辩道，我们最近在 *United Jewish Organization v. Carey*, 430 U.S. 144 [1977] 一案的判决中表明了我们同意旨在使特定的少数民族受益的种族分类的意愿，而没有将这种分类命名为“值得怀疑的”。纽约州已经根据 1965 年《投票权法》（the Voting Rights Act）第 5 条的内容重新制定了立法机关中席位重新分配的计划，以满足司法部的要求。特别是，选区得到重新划分以加强某些“非白人”（nonwhite）选举者的选举权利，这些选举者被发现一直是原先的重新分配方案下的非法“稀释”的受害者。*United Jewish Organizations* 一案像 *Lau* 案一样，被恰当的视为是这样一个案件，在该案中，对一个歧视性的行政决定的救济，它包括了为提高先前处于劣势的团体的参与能力而制定的措施，而没有排除属于其他团体的个人享有相关机会——有意义的参与选举程序的机会。

在本案中，不像 *Lau* 案和 *United Jewish Organizations* 案，并没有由立法

机关或者负责的行政机关断定该大学作出了一种需要救济努力的歧视性行为。而且，上诉人的特殊入学计划的运作与这些案件中认可的救济措施是有相当不同的。它宁可以其他个人为代价而要指定的少数民族团体，这些个人被预先排除在竞争医学院每一个班级中的16个专门位置之外。因为这种预先排除，一些个人就被排除在享受州提供的福利——医学院入学资格——之外，本来他们是会得到的。如果一种分类剥夺了个人的机会或者福利，而其他人却仅仅因为种族或者民族背景就享有这些机会或者福利，那么这种分类就必须被视为值得怀疑的。……

该特殊入学计划声称服务于以下目的：（1）"减少医学院和医疗职业中传统上因对少数民族不利的政策造成的历史差额"，上诉人的答辩状第32页；（2）扭转社会歧视的影响；（3）增加愿意在目前缺少服务的社区中执业的医生数量；及（4）获得民族各异的学生群体对教育带来的好处。必须断定这些目的中的哪一个，如果有的话，实质上充分地支持了使用这样一个值得怀疑的分类。

如果上诉人的目的是仅因某一特定团体的种族或者民族宗教就在它的学生中确保该团体占有一定的比例，那么这样一个特惠目的必须被抛弃，不仅仅因为它实质性上是无效的，也因为表面上也是无效的。仅仅以种族或民族宗教为理由而偏爱某个团体的成员本身就是一种歧视。这是宪法所禁止的。

州当然对改进或者在可行的地方消除已被认定的歧视造成的不良影响享有合法的、实质的利益。从*Brown*案开始的学校废止种族隔离案件的发展线索，表明了州的这一目标和司法机关一直致力于肯定能实现这目标的所有合法手段的重要意义。在学校类的案件中，法院判决要求各州对种族歧视的特定情形造成的不当行为进行救济。那一目标远比对"社会歧视"（这是一个在历史上就长期存在的不定型的概念）的后果进行济更具有针对性。

我们从未在缺少违反宪法或者法律的司法、立法或者行政决定的情况下，以其他无辜的个人为代价而同意一种能帮助那些被看作是相对受害的团体中的成员的分类。没有这种违反宪法或者法律的决定，就不能说政府在帮助一个个人上比在不对另外一个人进行损害上拥有更大的利益。这样，政府就没有紧迫性的正当理由来施加这种损害。

上诉人没有声称已经作出了这种决定，并且它也不可能作出这种决定：它主要任务是教育，而不是制定任何立法政策或断定一些特殊请求的非法性。……我们政府的巨大框架中的孤立的部分没有能力作出这些决定，至少在缺乏立法命令及立法决定的标准的情况下是这样的。……上诉人缺少这一能力，也就没有就这个问题承担证明责任。

因此，旨在帮助被戴维斯医学院校方视为"社会歧视"的受害者的团体的目的，并没有证明那种将不利条件强加到如被上诉人一样的人的身上的分类是正当的，这些人对特殊入学计划受益人所遭受的任何损害没有一点儿责任。不这样认为，就将使此前对侵犯合法权利的救济变成一种特权，一种全国所有机构可以随心所欲的授予任何被视为社会歧视的受害者团体的特权。这一步我们从未同意过。……

上诉人说改善向目前缺少服务的社区提供保健服务的状况是该计划的另一个目的。可以认为，在某些情况下，一州在促进其公民的健康保健上的利益足

以促使它支持使用一个值得怀疑的分类。但是，在记录中并没有实质性的证据能表明，上诉人的特殊入学计划是必需的或者适合促进那一目标。……

上诉人声称的第四个目标是获得一个多样化的学生群体。这对一个高等教育机构来说显然是一个宪法许可的目标。学术自由，尽管不是一个特别列举出来的宪法权利，可是长期以来一直被视为第一修正案的一个特殊关怀。一所大学对教育作出自己的判断的自由，包括选择它的学生群体的自由。……“思考、实验和创造”的气氛——这对于高等教育的质量是至关重要的——被广泛地认为能被多样化的学生群体促进。……

因而，在争辩说它的大学必须被授予选择能对“观念大交换”贡献最大的学生的权利时，上诉人引起一个对抗性的宪法利益，即第一修正案的利益。根据这一点，上诉人必须被视为试图达到一个在履行其使命的过程中最具重要性的目标。……

可是，民族的多样性仅仅是一所大学在获得一个异质的学生群体目标时可能适当考虑的一系列因素中的一个而已，尽管一所大学在作出关于谁应该入学这样敏感的决定时，必须拥有宽泛的自由裁量权，但是保护个人权利的宪法上的限制不应该被忽视。被告强调——下级法院已经主张——上诉人的双重入学计划根据第十四修正案是一个不被允许的侵犯其权利的种族分类。由于多样性的利益在一所大学的入学计划的背景中是紧迫性的，因而问题依然是该计划的种族分类对促进这一利益是否是必须的。……

可以这样假设，在每一个班级里为来自特惠种族团体的个人保留特定数量的席位，将有助于在学生群体中取得可观的种族多样性。但是，上诉人的那种认为这是惟一有效的实现多样性利益的方式的论点是有严重缺陷的。从最根本的意义上说，这一论点错误地看待了使种族或者民族背景的考虑正当化的州利益的性质。它不是一种简单的有关种族多样性的利益，在其中，学生群体的特定比例事实上被分配给了经挑选的民族团体中的成员。剩余的比例分配给了未作区分的学生集合。能促进一个紧迫性的州利益的多样性包括更多的资格和特性，尽管种族或者民族起源仅仅是一个（尽管是重要）的因素。上诉人的特殊入学计划把注意力仅仅放在种族多样性上，将阻碍而不是推进多样性的真正取得。……

在获得第一修正案尊重的教育多样性时，其他大学的入学计划将种族因素考虑在内了，它们的经验证明了给少数民族团体分配固定数目的席位并不是达到这一目的的必要手段。在哈佛学院的计划中，我们找到了一个显眼的例子：

“最近几年，哈佛学院扩展了多样性的概念，以囊括来自处于经济或者种族劣势团体的学生。哈佛学院现在不但招收加利福尼亚州的人或者路易斯安那州的人，还招收黑人、奇卡诺人（Chicano）[1]和其他少数民族的学生。……

“在实践上，这个多样性的新定义意味着种族在某些录取决定中已经成为一个因素了。当招生委员会审查可以‘入学’且被认为有能力学好功课的大部分申请者时，一申请者的种族可以如其籍贯一样使天平向他有利地倾斜，在其他候选人的事例中，在一个农场的生活也可能使天平向申请者有利地倾斜。一个来自爱达荷的农家男孩能够给哈佛学院带来一个波士顿人所不能提供的东西。类似的，一个黑人学生通常能够带来白人学生所不能提供的东西。……

---

[1] 指墨西哥裔美国人或在美国的讲西班牙语的拉丁美洲人后裔。——译者注。

"在哈佛学院录取中，委员会并没有为在某一年可被允许入学的黑人数目或者音乐家、足球运动员、物理学家或者加利福尼亚人的数目设定预期的目标配额。……它仅仅意味着在成千上万的不但从学术角度可被录取且还有其他重大品质的申请者中挑选时，委员会（他们在头脑中有一些标准）将一些注意力放在在许多类型和种类的学生中进行的分配上了。"……

这种计划在入学录取过程中将每一个申请者当作一个个人来对待。在争夺最后一个空席位中输给另外一个在种族背景的基础上得到"+"的候选人的申请者将不会仅仅因为他肤色不对或姓氏错误而被完全排除在该席位的考虑之外。这仅仅意味着他的综合素质比不上其他申请者。他的资格将得到竞争性的公平衡量，这样他根据第十四修正案抱怨受到不公平的对待也就没有什么基础。

有人已经这样指出，将种族仅仅视为一个因素的招生计划只是一个微妙的且比戴维斯的入学计划（Davis program）更加复杂——但是同样有效的——给予种族特惠的方式。可是，一个表面的歧视意图在上诉人的特惠计划中是明显的，并且在本案中这也未被否定。在种族背景只是选择过程中的一个因素——与其他因素同等考虑——的入学计划中，并不存在此类表面缺点。……并且一个法院不会认为一所声称使用表面上非歧视性入学政策的大学，会将它操作为与配额制度在功能上等同的替代物。简言之，在不能以我们的判例所允许的方式来举出反证时，就必须假定善意的存在，……

总之，戴维斯的特殊入学计划涉及运用一种本院从未赞成的明显的种族分类。它告诉不是黑人、亚洲人或者奇卡诺人的申请者，他们被彻底地从一个班级中的特定比例中排除了。无论他们的条件多么强硬，无论是数量上的还是业余性质的条件，包括他们对教育多样性作出贡献的潜能，他们永远都不会得到与来自受惠团体的申请者竞争那些特定席位的机会。同时，受惠的申请者有机会竞争班级中的每一个席位。

上诉人的特惠计划的致命缺陷是，它忽视了第十四修正案保障的个人权利。……这种权利不是绝对的。但是当一州的福利分配或者责任的担负以一个人的血统或者肤色为转移时，该个人有权得到一个这样的证明：受到质疑的分类对促进一个实质性的州利益是必要的。上诉人未能完成这一责任。基于这个原因，根据第十四修正案主张上诉人招生计划无效的加利福尼亚法院判决的那一部分必须被维持。

可是，在禁止上诉人考虑任何申请者的种族时，下级法院未能认识到在种族或者民族起源的竞争性考虑上州有一个实质性的利益，该利益可以由一个设计适当的招生计划合法实现。基于这一理由，禁止上诉人对任何申请者的种族作出考虑的加利福尼亚法院判决的那一部分必须被推翻。

至于被上诉人获得责令医学院允许其入学的强制令的权利，上诉人已经承认它不能证明：即使其不合法的特殊入学计划不存在，被上诉人仍然不会被允许入学。因此，被告有权获得这一强制令，并且该判决中的那一部分必须得到维持。

（史大晓译　邓海平校）

23. 福里洛伍诉克鲁茨尼克（*Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 [1980]）

《1976 年地方公共工程资本促进与投资法》（《the Local Public Works Capital Development and Investment Act》）意在与全国性的失业作斗争，并且帮助州和地方政府建设公用设施。次年的一个修正性法律包含了“少数族裔工商企业”（minority business enterprise，下文称 MBE）一条，该条规定要求州用至少 10% 的联邦基金购买来自少数民族团体成员所拥有的商业服务或者供应品。许多承包商和供应商提起了诉讼，反对这一法案，他们抗辩称他们遭受了经济损害，并且 MBE 一条违反了第五和第十四修正案中的同等保护的概念，就如在 *Bakke* 案中一样，最高法院不得不就种族分类的合法性作出判决。

首席大法官伯格（Burger）宣布法院判决如下：

1977 年 5 月，国会颁布了《1977 年公共工程就业法》（The Public Works Employment Act of 1977），该法修订了 1976 年《地方公共工程资本促进和投资法》。……1977 年法案的第 103（f）（2）条被称为“少数族裔工商企业”或者“MBE”条款，它要求：

“除部长另行决定外，根据本法不得批准任何地方公共工程项目，除非申请者向部长作出令人满意的保证，保证至少每一批准项目总额的 10% 将使用于少数族裔工商企业。为本段之目的，“少数族裔工商企业”一词意指一个少数族裔团体成员拥有至少 50% 的企业，或者在一个公共所有的企业中至少 51% 的股份属少数族裔团体成员所有。为前句话之目的，少数族裔团体成员是美国的黑人、讲西班牙语的人、东方人、印第安人、爱斯基摩人或者阿留申人公民。”……

使用种族或民族标准（racial or ethnic criteria）的方案，即使在一种救济背景下，也需要严格的审查；但是我们必须以对国会的适当尊重来着手处理我们的任务——第十四修正案对同等保护的保障，国会也是一个宪法委以“规定……美国总体福利”并且“以适当的立法予以实施”的权力的同等部门。……在 *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94, 102（1973）一案中，我们给予“国会的决定以很大的分量”，即使国会立法涉及第一修正案所保障的基本宪法权利。当一个国会的方案引起了人们对同等保护的关注时，该规则也不会有所不同。……

只要我们回顾一下立法和行政背景（有必要拓宽回顾范围），MBE 条款的目的就清楚地显露出来了。该方案意在确保，在根据《1977 年公共工程就业法》批准的联邦基金的范围内，选择参与这种基金的受让人将不采用国会已经断定有可能维持先有歧视（prior discrimination）的影响的采购做法，这种事前歧视有损于或者预先排除了少数族裔工商企业获得公共契约的机会。MBE 方案并不要求仅仅在种族或民族的基础上根据固定比例来分配联邦基金。……

在制定 MBE 这一条时，很清楚国会混合使用了被明确授予它的权力。

《1977年公共工程就业法》，就其本质来讲，主要是行使了支出权力。……国会已经经常使用支出权以推进广泛的政策目标，它是以联邦法律或者行政指令为接受者接受联邦资金设定服从条件为手段来完成这一使用过程的。本院已经一再反对对它的宪法质疑，支持使用这一技术以促使各地政府及私人自愿地与联邦政策合作。……

MBE这一条的立法历史表明，国会有合理的理由断定主承包商的扣减做法能够维持当时普遍存在的损害少数族裔企业获得公共工程承包机会的状况，且这种不平等影响到州际商业。因此，国会可以采取必要且适当的行动对这种情势进行救济。……

不必要去证明这些主承包商应对任何违反反歧视法律的行为负责。我们的处理修改后的1964年《民权法案》第7条适用问题的案例表明，国会在禁止“因维持发生在该法案生效期日之前的歧视的后果（并非不合法）而受到质疑的”做法上的权威是确定无疑的。……

在某些特定的情境中，在规制州及地方政府活动上，商业权的范围受到一些限制。……为了避免此类复杂因素，我们到第十四修正案第五节中寻找对州和地方的联邦基金受让人的采购做法加以规制的权力。……只要回顾一下我们的案件，我们就会发现MBE方案的目标在国会根据第十四修正案第五节“以适当的立法实施”同等保护保障的权力之内。

关于MBE一条，国会有充足的证据断定少数族裔企业已经因维持先有歧视的采购做法而被拒于有效参加公共工程承包机会之外。尽管这一历史的很大部分与联邦采购这一领域中的少数族裔企业的经历相关，但是在国会面前仍然有直接证据证明这种形式的劣势和歧视在州和地方建筑承包中也存在。就MBE一条而言，国会的举动在它的职权以内，决定该问题是全国性问题。……

就MBE方案涉及州和地方受让人而言，国会本来可以运用十四修正案第五节下的权力来实现它的目标。我们结论认为，从这一方面来说，MBE一条的目标在支出权范围之内。……

现在，我们来看看这个问题：作为一种实现这些明显合宪的目标的手段，国会是否可以这种有限制的方式使用种族及民族标准，将其作为附加在联邦拨款上的条件。我们时时注意这一点，“比之其他任何问题，在国会选择实现在它的权力范围内的职能的手段上，我们应当对国会的意见予以更多的尊重。”……可是，只有在种族及民族分类不违反第十五修正案正当程序的同等保护那部分时，国会才可以在实施其支出权或者其他立法权力中援用种族及民族分类。我们承认需要进行仔细的司法评判，以确保任何援用种族或民族标准以达到对先有歧视的当前影响加以救济的目标的国会方案，确实仅仅是被用来实现那一目标。……

对管辖MBE一条的实施的规章和准则的回顾揭示了，国会是将该方案作为一种严格的救济措施加以贯彻的；而且，它是以一种禁止令的方式以对未来适用的救济。根据该行政方案，受让人和他们的主承包商要挑选出所有现有的、符合条件的、善意的少数族裔企业；他们还要在必要时提供技术援助，以便在可行时降低或免除保证条件，寻求少数族裔工商企业局（The Office of Minority Business Enterprise）、小型企业管理局（SBA）或其他资源的帮助，

以帮助少数族裔企业获得必需的流动资本，并且在复杂的招标投标程序中提供指导。……该方案认为，善意进行这一努力的受让人能至少获得10%的少数族裔企业的参加。我们承认，要达到这一目标，契约将给予现有的、符合条件的、善意的少数族裔企业，即使它们不是最低的竞争投标者，只要能证明，它们的较高的投标（在受到责难时）仅仅是试图挽回因先有劣势和歧视的当前影响而额外付出的费用。……对受让人，他可以根据一个国会批准的规定，以逐案审查的方式，申请行政免责，如果他能表明：尽管进行了积极的努力，如果不背离该方案的目标的话，这种参加度将无法达到。……也存在一个行政机制，它包括一个申诉程序，以确保只有善意的少数族裔企业才被囊括在这一救济方案之中，并且防止那些获得公共工程承包机会未被先有歧视影响损害的少数族裔企业不公正地参与该方案。……

作为一个底线问题，我们拒绝这种抗辩：在救济语境下，国会必须以一种完全“色盲”的方式行事。在 *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Boardof Education*, 402 U.S. 1［1971］一案中，我们在审查法院制定的学校废止种族隔离的救济时拒绝了这一论点，我们的根据是，审查学生的种族构成一个不可避免的起点，并且基于种族的席位分配，只要不要求每一学校绝对的种族均衡，也是应当被允许的。……

我们早前已经指出，我们在这里要处理的不是诸如联邦法院有限的救济权力的问题，而是国会广泛的救济权力的问题。重要的是，没有任何一个（州或联邦）政府机构，比国会拥有更为广泛的救济权力。宪法明确赋予国会以实施同等保护保障的职能与权威。国会不但可以采取主动行动以保证遵守既存的联邦制定法或宪法的反歧视条款，而且，在国会有权宣布某些行为不合法的场合下，它可以（比如，在这里）授权并且引导州行为以避免这类行为。……

对MBE方案的一个更具体的责难是，它剥夺了非少数族裔企业获得至少一定比例的由该法产生的政府承包机会，这应是不被允许的。必须承认，就其对承包机会的获得的历史损害进行救济的目的而言，MBE一条能够产生给少数族裔企业一些合同的结果，否则的话，这些合同有可能给其他那些本身无罪于先前的歧视行为的企业。非少数族裔企业未能得到某些合同当然是该方案的一个附带结果，而不是它的目的的一部分；同样，少数族裔企业获得公共承包机会所遭受的过去的损害也可能是公共承包人和主承包商的“通常业务”的附带结果。

可能使非少数族裔企业的期望落空，这并不是该方案中的一个宪法性缺陷。在实现一项有限制的、设计恰当的救济以矫治先有歧视的影响时，这种由无辜方承担的“责任分担”并非是不能被允许的。……当我们将这一公共工程方案的范围与全部建筑承包机会相比较时，非少数族裔企业承担的事实上的“责任”相对要轻。更何况，尽管我们可以认为申诉方没有任何歧视行为，可是，国会依据下面的假设采取行动也在它的权力范围之内，该假设认为：在过去，一些非少数族裔企业因少数族裔企业实质上排除在这些承包机会之外的那几年里，可能已经得到了竞争的实惠。……

政府容忍那种以设置不公平的歧视为目的或产生这种影响而使用种族或民族标准的做法的历史提醒我们必须注意，当种族或民族分类偏离救济这一狭窄的正当理由时，即使是善意的，也还是会有有害影响。即使在提出一个表面责

难（正如本案）的情况下，MBE 一条也不能符合要求，除非它适当说明，对该行政方案，国会提供了一个合理的保证，以确保种族或民族标准的适用将仅限于达到国会的救济目标并确保该方案的误用将有即时且充分的行政救济。

行政方案规定了免责和豁免是有意义的。国会的两个基本假设是 MBE 方案的基础：（1）先有歧视的当前影响已经损及少数族裔团体成员所有或所控制的企业的竞争地位；以及（2）消除少数族裔获得承包机会的障碍和用对过去歧视的当前影响所做的调整来评估投标的积极努力，将确保根据《1977 年公共工程就业法》批准的联邦基金中至少有 10%会被同现有的、合格的、善意的少数族裔企业签订的契约占去。这其中的每一个假设在行政程序中都可以被反驳。

这个行政方案包含一些实现国会保证受到损害的少数族裔企业的合法参与这一目标的措施。行政定义已经加强了在依法鉴定该方案所包含的少数族裔团体上的一些不太确定的方面。在规章和指导范围内有行政审查以识别那些不是善意的少数族裔企业并将其排除在参与该方案之外，例如，虚假的貌似少数族裔企业的实体可以予以曝光。这一监督很重要的一方面是可利用申诉程序来报告"一个企业或者个人不公正地参与了该方案"。……并且即使就特定的契约授予而言，行政免责的规定也是可以用来避免与一个企图通过索要不合理价格（也就是一个不可归因于过去歧视的当前影响的价格）而利用该方案的救济性方面的少数族裔企业进行交易。……我们必须假定国会倾向于对虚假的申请加以仔细的审查并且对它们即刻采取行动。

受让人被给予机会，以表明他们的最大努力不会成功或在该方案的救济目标的范围内未能取得法定的 10%的少数族裔企业参与比例这一目标。在这些情况下，受让人一旦证明它遵守了这一规定，它就可获得免责或部分免责。在承包过程中的任何时间，甚至在发包之前（如果有正当的事实为理由的话），都可以寻求免责。……

种族或民族标准的使用是建立在行政程序中可以反驳的假设之上，这就有了合理的保证，保证 MBE 方案的适用将仅限于实现国会所预期的救济性目标且种族或民族标准的错误适用能够得到救济。……

任何基于种族或民族标准之上的优先权必须受到最彻底的审查，以确保它不与宪法保障相冲突。本案是一个要求并且已经得到那种审查的案件。这一意见并没有以明示或者暗示的方式采纳在诸如 *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 [1978] 等案中所表达的那种分析范式。可是，我们的分析表明，MBE 一条能经得起根据 *Bakke* 一案判决意见中清楚表达的每一个标准所进行的司法审查。《1977 年公共工程就业法》的 MBE 一条没有违反宪法。

维持原判。

（史大晓译　邓海平校）

（六）行政权：特权与限制

24. 合众国诉密歇根东区联邦地区法院（*United States v. United States District Court for the Easten District of Michigan*, 407 U.S. 297 [1972]）

国内的政治倾轧和直线攀升的犯罪率使《1968年综合犯罪控制和安全街道法》（the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968）得以产生，该法中有一条授权行政部门使用法院认可的对特定犯罪开展的电子监视。国会也增加了一个附文，大意是“在这一章里没有任何东西，将限制总统采取他认为实为必要措施的宪法权力，以防止美国政府被颠覆。……”（18 U.S.C. Sec. 2511 [3]）。尼克松政府运用2511一节启动了广泛的针对国内政治激进分子的电子监视，下面这个案件涉及的被告被指控爆炸了中央情报局（CIA）的一个位于密歇根州阿博市（Ann Arbor）的办公室。在审判之前，被告要求地区法院敦促政府提出一些有关从电话上窃听到的和电子监视得到的信息。首席检察官约翰·米琪尔（John Mitchell）承认这样的信息存在，但是他争辩说披露这些信息“有损国家利益”。不过，地区法院还是裁决监视违反了第四修正案并责成政府向被告披露监视结果。在向最高法院的上诉中，政府争辩说尽管没有司法部门的事前同意，可这种监视也是总统在合法合理地行使权力。

大法官鲍威尔（Powell）宣布法院判决如下：

我们认为，《美国法典》第18编第2511(3)条的措辞和该法的立法史都驳斥了这种解释，相关的措辞是：

“本章里没有任何东西，将限制总统采取其认为必要措施的宪法权力，以防止……”所指明的危险。

这项多默示地承认总统在这一些指定的领域中有某些权力。几乎没有人怀疑这一点，因为这一节所指的是——在其他一些事件中——“防止外国势力实际或潜在的攻击或者其他敌对行为”，但是就总统使用其电子监视权力而言，这种措辞在实质上是中立的。

第2511(3)条当然没有授予任何权力，因为这种措辞完全不适合于这样的一个目的。它只是规定该法律不应该被解释为限制或者是扰乱总统根据宪法可能拥有的权力。简言之，国会仅仅没有去触动总统的权力而已。……

几乎没有人能更清楚地表达国会的中立了。上面的争论明确地指出在第2511(3)条里没有任何东西意在扩大、缩小或定义存在于影响国家安全的事件中的总统的监视权力。如果我们能够把第2511(3)条中对政府的描述作为国会

规定的总统须获得授权的总体规定的一个例外的话，那么就很有必要考虑这个问题：本案中的监视是否是在这个例外之内，如果是这样，此种法定例外本身在宪法上是否有效。但是我们把第2511(3)条看作是国会对此的一种否认及一种中立的表达，因此我们认为该法并不是衡量本案中所声称的行政权的标尺。因而，我们必须看一下总统的宪法权力。……

在我们开始这个追问时，我们首先要指出美国总统根据宪法第二条第一节所担负的基本义务："维护、保护和保卫美国宪法"。那一义务中暗含的是防止我们的政府免受那些想通过非法手段颠覆或者是推翻它的人的侵害的权力。在履行这一义务时，总统——通过司法部长——可能发现有必要使用电子监视以获得有关策划反对政府行为的那些人的计划的信息。自1946年7月以来，在国内安全的案件中，许多总统和司法部长已经或多或少不断地批准使用这种监视系统了。……

虽然政府和被告都争论他们各自主张的严肃性和重要性，但是反对政府的威胁和破坏行动的大量存在，足以证明他们的调查权力是有正当理由的。潜在的非法反对政府行动的隐蔽性和复杂性和许多阴谋家必须依赖电话这一情况，使得电子监视在某些情况下成为一种有效的调查工具。技术进步的显著加速和用途的日益改进已经导致了计划、实施和隐蔽犯罪活动的新技术。如果政府自己拒绝谨慎合法地使用那些被用来反对政府和守法公民的技术，这将有背于公共利益。……

但是承认这些基本的事实，并没有使政府对电子监视的使用成为一种受欢迎的发展——哪怕是有节制的并且在司法部门的监督下使用。可以理解，每个人的内心都存在着一种根深蒂固的不安与恐惧，即担心这种能力会被用来侵犯我们所保护的守法公民们所珍视的隐私。让我们看一下保障这种隐私的《权利法案》。尽管亲身进入家中是第四修正案所指向的最主要的罪恶，但是现在它更宽泛的精神是要保护私人言论免遭不合法的监视。……

而且，国家安全的事件经常反映出第一修正案和第四修正案一些价值的共同点，这在"普通"犯罪中是没有的。虽然行政部门的调查义务在这些案件中可能会更强一些，可因而对宪法保护的言论也存在着更大的威胁。"历史上，在英国争取言论和出版自由的斗争，与对搜查和没收范围的争论有着紧密的联系"（*Macus v. Warrant*, 367 U.S. 717, 724 [1961]）。汗牛充栋的历史文件充分证明政府倾向于——不管它的动机是多么仁慈，多么宽厚——用怀疑的眼光看待那些十分激烈地争论政府政策的人。当政府监视的目标可能是那些在政治信仰上被怀疑为异教的人的时候，第四修正案的保护变得更为必要。在政府企图根据一个像保护国内安全的权力这样一个模糊概念行事的场合，对不同政见就产生了很严重的威胁。由于很难定义国内安全利益，很显然，在保护那种利益的行动中存在着滥用权力的危险。……公众合法异议的代价一定不能是对可能受到不受制约的监视权力的监视的恐惧。而对官方未经授权的窃听行为的担心，也一定不能达到妨碍公民在私人谈话中对政府行为进行强有力的异议和讨论的地步。因为私人异议，就像公开讨论一样，对我们的自由社会是至为必要的。

由于第四修正案在措辞上不是绝对的，我们的任务是检查和平衡在这个案件里处于危险境地的一些基本价值：政府保卫国内安全的义务和对个人隐私和

言论自由施加不合理的监视而形成的潜在危险。如果政府保卫国内安全的合法需要要求使用电子监视，那么问题就是，公民的隐私和表达自由的需要是否并不会因在采取这样的监视之前需要批准而就得到更好的保护。我们必须再问一问，要求批准是否会严重挫伤政府保护自身免受颠覆的努力。

如果只是在行政部门的裁量权范围内就可以实施国内安全监视，那么第四修正案的自由就不能得到适当的保证。第四修正案并不期望政府的行政官员是中立的、公正无私的。他们的义务和责任是实施法律、调查和提起公诉。但是那些负有这种调查和起诉义务的人不应该成为判断在完成任务当中何时使用在宪法上高度敏感的手段的惟一裁判官。未受审查的行政裁量权可能很容易屈从于一些压力，比如获得控告证据、对隐私和受保护的言论的潜在侵犯放任自流等，这是一个历史判断，且为第四修正案所接受。

在本案中，政府对普兰蒙顿（Plamondon）谈话的监视很可能是一个合理的，是一个很容易获得司法部门事前同意的案件。但是，……第四修正案所考虑的是一个事前的司法判断，而不是行政裁量权可能被合理行使的风险。司法的这一角色符合我们最基本的宪法原则，即通过在不同部门和政府的不同层级之间的权力分立和职能分工，个人自由将得到最好的保护。诚如政府所言，对“受到极度限制”的对监视的事后审查保证不了对行政裁量权的独立制约。确实，对监视的事后审查不会及于那些未导致追诉的监视活动。由一个中立且独立的地方行政法官做出的事先审查是实现第四修正案权利的久经考验的方式。……

政府争论说，考虑到国内安全监视的特殊情况，批准要求必须有进一步的例外。有人争论说，要求事前司法审查将会阻碍总统履行他保卫国内安全的宪法义务。进而，我们被告知，这些监视主要是指向有关颠覆力量的情报收集和保存的，并不是试图为起诉特定的犯罪之目的而收集证据。据说这种类型的监视不应该遭受传统的批准要求的非难，确立这些批准要求是为了规范对犯罪活动的调查而不是规范这里的情报收集。……

政府进一步坚持认为，法院“实际上在决定是否存在可能的理由以认定监视对保卫国家安全是必要的这一点上，既没有必要的知识也没有必要的技术”，政府争论说，这些安全问题涉及“许多复杂的、敏感的因素”，这超出了法院的评定能力。……

政府认为，不需要批准的最终原因是，向一个地方行政长官披露所有涉及国内安全监视的信息或者甚至只是很重要的一部分，都“将对国家安全以及密探和情报提供者的生命产生严重的潜在危险。在情报搜集过程中，保密是至关重要的一个因素；要求事前的司法授权将产生更大的‘泄密危险’，因为除了法官，还有秘书、速记员和其他一些诸如法律助理或者是法警等官员，他们都可能得知监视的性质”。……

这些为了彻底免于批准之目的的抗辩，当被代表总统及借口国家内部安全提出来时，值得好好考虑一下。我们当然不能轻率地拒绝它们，尤其是处在世界范围内的动荡时期里和当这个国家的内部混乱比在历史上没有这么动荡的时期更猖獗的时候。毫无疑问，政府的立场是有实用主义的考虑的。

但是，我们认为，这一切都未证明政府所要求的对第四修正案标准的背离是有理由的。所描述的这些情况并不证明使国内安全监视绝对豁免于事前司法审查是合理的。官方的监视，其目的无论是进行犯罪调查或是这里正在进行的

情报收集，都要冒着侵犯宪法所保护的言论隐私的风险。因国内安全概念固有的模糊性，情报搜集所必定具有的广泛性及持续性，以及利用这种监视来监督不同政见的诱惑，使得安全监视尤为敏感。正如我们以前所承认的那样，我们承认总统在国内安全中角色的宪法基础，但是我们认为它必须以一种与第四修正案相适应的方式行使。在本案中，我们认为这就需要一个适当的事前批准程序。

我们不能接受政府的这一论点，即国内安全事件对司法评价来说太微妙、太复杂了。法院通常处理我们这个社会中的最棘手的问题。没有理由相信联邦法官对涉及国内安全案件的争论不敏感或者是不理解。当然，法院能够承认国内安全监视涉及一些与监视“普通罪犯”不同的考虑。如果这一威胁太微妙、太复杂以至于我们高级的执法官员不能向法院表达它的重要性，那么人们有可能怀疑是否存在这样的监视理由。

我们也不认为事前的司法同意将破坏对官方的情报搜集来说至为必要的保密性。对犯罪活动的调查长久以来就涉及向司法官员提供公正敏感的信息，司法官员向来注意其中的秘密。人们指望法官们对国家安全案件中的安全要求予以特别注意。在涉及诸如间谍、颠覆和叛国等犯罪（第 2516（1）条（a）项和（c）项）时——每一项都可能涉及对内和对外的安全威胁，《综合犯罪控制和安全街道法》的第三条已经将这种责任强加给司法部门。而且，申请批准并不牵扯公开的或者对抗性程序：它是在地方法官或法官面前的一个单方面的要求。无论文书和秘书人员可能对安全构成什么样威胁，这些危险都能够通过适当的行政措施而被最小化，甚至可以在可能的时候允许政府自己提供必要的文书帮助。

因而，我们的结论是，在本案中，政府的考虑并不能证明，背离在启动调查或监视之前需要司法同意这一第四修正案的习惯要求是有正当理由的。虽然司法部长可能要承担某些额外的负担，但是这种不便在我们的自由社会中对保护宪法的某些价值来说是合理的。我们也不认为政府的对内监视的权力将会受到任何重大程度的损害。事前批准确定了监视的推定效力并且将最大限度地减少在监视后司法审查中的证明负担。向公众做出一般性保证，保证不加选择的窃听守法公民的事件不再发生，这决不是可有可无的。

在结束判决意见之前，我们强调我们判决的范围。一开始，我们就说过，这个案件只涉及国家安全的国内方面。我们没有就涉及对外权力或相关机构活动的事宜做出任何表述或表达任何观点。……

（史大晓译　邓海平校）

25. 合众国诉尼克松（*United States v. Nixon*, 418 U.S. 683［1974］）

在导致 1974 年 8 月尼克松总统辞职的一系列事件中，本案扮演了决定性的角色。水门事件一些复杂的部分在 1973 年到

1974年尚未解开，很快，为了对总统的助手们展开刑事指控程序——也为了确定总统是否有过失显然有必要公开披露总统的秘密磁带录音。由尼克松任命的调查此次事件的特别检察官在地区法院成功获得的一张传票，责成尼克松总统提交磁带。尼克松总统拒绝提交，并争辩说特别检察官是行政部门的属员，他没有资格寻求（法院）命令。他进而坚持，基于他所拥有的行政特权，这些带子可以拒付。最高法院一致驳回了总统的这一论点，然而，却承认当时热烈争论的行政特权的学说具有某种合法性。在经过明显的犹豫之后，总统还是服从了法院的判决。随后，磁带曝光使尼克松几乎失去了公众和国会对他的全部支持。

首席大法官伯格（Burger）宣布法院判决如下：

1974年3月1日，哥伦比亚特区联邦地区法院大陪审团宣布了一份起诉书，该起诉书指控七个具名的个人犯了不同的罪行，包括阴谋欺骗国家罪和阴谋妨碍司法罪。尽管在这份起诉书中没有指控总统的罪行，但是大陪审团依然将其认定为未被起诉的同谋，列入其他人之中。1974年4月18日，经特别检察官提议，联邦地区法院根据《联邦刑事诉讼规则》17（c）的规定，签发给总统一份携带指定物品到庭的传票，并要求在1974年5月2号日前依法答辩。该传票要求在9月9日审判日期之前提供某些磁带、备忘录、文件、正式文本或者是其他一些与总统和他人之间的特定的会议有关的书面材料。

地区法院认为，是司法部门而不是总统是对主张行政特权这一请求做出裁断的最终裁决者。法院结论道，在本案的情况下，这种假定的特权由于特别检察官初步"证明了在法官办公室内进行司法检查的需要足够紧迫……"而被推翻。……

一、法院可否受理

在地区法院，总统的律师辩称，法院缺乏签发传票的管辖权，因为该事件是在行政部门的上下级官员之间的一个内部纠纷，因此不受司法裁决。案件到本院时这一点被重新提出来了，并强调说这一纠纷并没有产生可以在联邦法院中裁决的"案件"或"争论"。总统的律师争论说联邦法院不应该侵入其他政府部门的领域。他将目前的争论视为实质上属于行政机构内部的"管辖"纠纷，他以国会的两个委员会之间的争论做类比。由于行政部门在决定是否起诉一个案件上有排它的权力和绝对的自由裁量权，他争论道，在决定在一个给定的案件中使用什么证据这一问题上，总统的决定是终局性的。尽管他的律师承认总统授予特别检察官某些特定的权力，但是他还没有"放弃也没有授予特别检察官以总统就所有的事项主张特权的职责"，这在总统固有的拒绝向任何行政官员披露信息的权力范围以内。……

我们的出发点是这个程序的性质（我们正在为此寻求证据）——在这里是一个未决的刑事诉讼。它是在联邦法院中指控违反联邦法律的司法程序，并且被以美国作为主权国家的名义提出来了。……根据宪法第二条第二节的授权，

国会已经授权首席检察官处理美国政府的刑事诉讼，国会也授予其任命下级官员协助其履行义务的权力。……根据那些法律，首席检察官已经将在这些特别事件中代表美国的权力委托给了有独特权威和任期的特别检察官。该规定给特别检察官以明确的权力，以在搜集与履行这些特别授权的义务相关的证据的过程中对抗行政特权。……

该传票的要求和对它的抵制明显构成了一个一般意义上的争议，但是单单这一点并不足以满足宪法标准。在宪法意义上，争论不仅仅意味着不同意见或者冲突，它更意味着传统上由法院予以解决的那类争议。在这里，处于争论中的便是，在一个未决的刑事案件中，是否应当提交特别检察官认定的相关的且可被允许的特定证据。试图寻求这些证据的提交属行政部门的一个官员的明示的职权范围，而总统则基于该官员应保护总统通信秘密的义务而抵制它。无论关于这些是非曲直的正确答案是什么，这些争论是“在传统上应受法院审判的那一类”。（*United States v. ICC*，337 U.S. 426，页 430）。独立的特别检察官在正在进行的刑事诉讼中宣称的以传票要求提交的资料，总统以坚称他有特权阻止这种材料的披露为由而拒绝提交这些资料。这种情境证明了“确实存在那种具体的对抗性纷争，这一纷争更加凸显了法院赖以阐明宪法问题的争点。”（*Baker v. Carr*，369 U.S.186，页 204）。更何况，由于该事件产生于联邦刑事诉讼的一个常规程序，因而它在第三条权力（同前，页 198）的传统范围内。

根据冲突得以产生的背景的独特性，双方都是行政部门的官员这一事实不能被看作是案件可否受审的障碍。否则，如果作出与检察官有资格提起这个诉讼并且这个提交法院裁决的争议是可由法院审理这种论断相反的结论，就将导致与生效的法律、规章以及本案独特的事实情况不一致。

二、特权请求

（一）

……我们先看看这样一个主张，即一张传票因要求“总统和他的贴身顾问之间的一旦提交法院则将与公共利益相抵牾的秘密谈话”，因此该传票就应该宣布无效。……第一个抗辩是一个宽泛的主张，该主张认为，权利分立原则禁止对总统的特权主张进行司法审查。第二个抗辩是，如果他不能主张绝对特权，根据宪法，法院也应该主张他的特权优于携带指定物品出庭的传票。

在履行指定的宪法义务中，政府的每一个部门一开始都必须解释宪法，并且任何部门对宪法权力的解释都应当得到其他部门的相当尊重。总统律师，我们前面已经提到过，将宪法读作是为总统的全部通信规定了绝对的保密特权。可是，本院的许多判决已经一再肯定了 *Marbury v. Madison*，1 Cranch 137 [1803] 一案的裁决，该裁决认为“说法律到底是什么，这断然应是司法部门的领域和义务”。（同前，页 177）。

本院并没有任何裁决，曾就与要求总统秘密通信以供刑事诉讼之用的传票的效力特别相关的司法权的范围作出定义，但是行政部门和立法部门行使的其他权力却曾因为与宪法不符而被宣布为无效。（*Powell v. McCormack*，395 U.S. 486（1969）；*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*，343 U.S. 579

[1952]）。……

(二)

为了支持绝对特权的主张，总统律师提出了两个根据，其中之一是我们的权力分立制度所特有的。第一个根据是，在高层政府官员和那些为他们提供建议与帮助的人履行他们的多重义务的过程中，保护他们之间的通信的需要是合法的；这一保密性的重要意义太明显了，根本不容任何进一步的讨论。人类的经验告诉人们，那些预计他们的谈话可能会被传播出去的人，总是由于担心需要出庭而出于自身利益考虑，因此谈话时就不再那么坦率，而这又将有损于决策过程。在行使宪法第二条的权力过程中，无论总统通信的保密特权的性质为何，都可以说，这一特权是来源于每一部门在它的指定的宪法义务领域内的至高性。某些权力和特权来自于列举权力的性质，保护总统通信的保密性具有同样的宪法基础。

总统律师在支持绝对特权的请求中所声称的第二个根据是基于权力分立原则提出的。这里，其争辩道，行政部门在其领域内的独立性……使得总统应不受正在进行的刑事诉讼中的司法传票的约束，这样就保护了总统的秘密通信。

可是，只有权力分立的原则和高层通信的保密需要，还是不能支持一种绝对的、无条件的、在所有情况下都豁免于司法程序的总统特权。总统需要其顾问完全坦率和客观，这种需要应得到法院的尊重。可是，当这种特权所依凭的仅仅是宽泛地宣称在这种谈话的秘密性中存有公共利益时，与其他价值的冲突就产生了。如果保护军事、外交或者敏感的国内安全秘密的需要不存在，我们发现很难接受这样一个论点：在法院提供其有义务提供的所有保护的情况下，总统通信的保密性这种非常重要的利益，还会因为提交这种材料以供法院秘密检查而受到损害。

一种绝对的、无条件的特权将对司法部门在刑事诉讼中作出审判这一主要宪法义务上设置障碍，显而易见，这与宪法第三条下的法院职能有冲突。在设计政府结构和在三个平等的部门分配独立权力中，宪法的创制者们是要提供一个全面详尽的制度，但是他们并不意图使这些分立的权力绝对独立地运作。

……总统期望其谈话和信函能够保密，就像主张司法评议应该保密一样（举例说明而已），拥有我们极度尊重的所有公民的隐私的具有的所有价值，并且，除了这些价值外，保密对保护总统决策过程中诚实、客观、直言不讳甚或逆耳的意见所代表的公众利益来说也是一种必要。总统和辅佐其工作的人在制定政策和作出决定过程中，在探索选择余地上以及以一种许多人不愿意公开表达的方式探索选择余地上必须是自由的。这些是一些证明总统通信的推定特权有正当理由的考虑。根据宪法，特权对于政府的运转是最根本的，并且它必定根植于权力分立之中。在 *Nixon v. Sirica*, 159 U.S. App. D.C. 58, 487 F.2d 700 [1973] 一案中，上诉法院认为，这样的总统通信是“推定享有特权的”。……

但是，这种推定特权必须根据我们有史以来的法治传统加以考虑。我们选择了对抗性的刑事司法制度，在这一制度中，双方就所有的争点在法院面前进行辩论。在对抗制度中，详细说明所有相关事实的需要不但是基本的而且也是全面的。如果判决是建立在一个片面的或投机性的事实陈述之上，那么刑事司

法就将被摧毁。司法制度的品格和公众对这一制度的信任就在于在证据规则的框架内完全披露所有事实。要确保公正司法，对法院职能来说，必不可少的是，法院可以利用强制程序使得公诉方或者被告方所需要的证据得以被提出来。……

在本案中，我们必须权衡一下，在履行职责中总统通信秘密性的一般特权的重要性和这样一个特权对公正执行刑事审判所造成的损害。保持这种秘密性确实具有很重大的意义，也理应得到极大尊重。可是，我们不能作出这样的结论，即因为在某个刑事诉讼中需要这些谈话而产生的不定期披露他们的谈话的需要，将使顾问们的谈话的坦率程度大打折扣。

另一方面，许可那种隐瞒与刑事审判显然相关的证据的特权将严重侵犯法律正当程序的保障，并严重损害法院的基本职能。众所承认的总统为他职务中的通信保守秘密的需要，在性质上是一般性的。但是，在刑事诉讼中，提出相关证据的宪法需要，对审判活动中公正地裁断特定的刑事案件来说是特定的、而且是核心的。如果没有得到特定的事实，一个刑事诉讼可能全部被挫败。总统为其通信保密这一宽泛的利益，将不会因披露一定数量的被表明与未决的刑事案件有某些关系的谈话而受到损害。

我们的结论是，当支持与传票要求的资料（人们寻求这些资料以用于刑事审判）相关的特权的根据仅仅是基于一般化的保密利益时，这种特权就不能优于公正开展刑事司法活动中的法律正当程序的基本要求。一般化的特权主张在未决的刑事审判中必须服从已被证明的对证据的特定需求。……

（史大晓译　邓海平校）

26. 丹姆斯和摩尔诉里根、财政部（*Dames & Moore v. Regan, Secretary of Treasury*, 453 U.S. 654 [1981]）

越南战争引发了人们对外交事务领域中的行政权的严厉指责。尽管在这个国家中广泛的抗议和异议在高涨，可是，最高法院仍然拒绝干涉总统的战争行为。（参见，例如，*Massachusetts v. Laird*, 400 U.S. 886 [1970]; *Holtzman v. Schlesinger*, 414 U.S. 1304 [1973]）。在战争之后，并且由于水门危机所导致的总统权威的削弱，国会通过了几个法律，最著名的就是《1973年战争权力法》（the War Powers Act of 1973），该法严格限制了行政权和动议权。可是，突发和持续的危机再次表明了行政管理和某种自由裁量权的必要性。从1979年9月一直持续到1981年卡特总统任期结束为止的伊朗人质危机就证明了这一点。卡特根据他的紧急事项处理权，许可了美国公司提起的司法诉讼以扣押伊朗人的财产抵偿债务。作为行政部门同伊朗达成的释放人质协议的一部分，总统同意终止所有在美国法院提起的涉及请

求对抗伊朗的法律诉讼。里根总统以一纸行政命令贯彻了这一协议。在下面一案中的原告已经获得了一个简易判决，但是根据总统的命令，地区法院宣布它的判决无效并且禁止进一步诉讼。

大法官伦奎斯特（Rehnquist）宣布法院判决如下：

本案所提出来的问题，从根本上触及到我们的共和国得以治理的方式。综观我们国家根据本宪法存在的将近两个世纪，这一问题已经引发了相当可观的争论。我们曾受益于建国之初写作《联邦党人文集》（the Federalist Papers）的评论家，比如约翰·杰伊（John Jay）、亚历山大·汉密尔顿（Alexander Hamilton）和詹姆斯·麦迪逊（James Madison），也曾受益于在这个国家存在的第一个世纪中进行写作并观察我们制度的机敏的外国观察家，比如阿列克西·德·托克维尔（Alexis de Tocquiville）和詹姆斯·布来斯（James Bryce），也曾受益于许多其他的论文和本院400多卷的判决报告。就如这些作品所揭示的那样，寻找对这一国家得以被治理作出的警句式的解释无疑是没用甚至或许是危险的。事实上，正如杰克逊（Jackson）大法官已经指出的："一个法官……可能诧异于适用到具体的行政权问题中的真正有用的、毫不含糊的权威的贫乏。"（*Youngstown Sheert & Tube v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 634［1952］）。……

我们将自身局限于为提交给我们的争议寻找一个解决方案。那个争议包括各种不同的行政命令和规章，总统通过这些命令和规章取消了对美国境内的伊朗资产的留置和扣押，责令将这些资产返还给伊朗，并且中止针对伊朗的赔偿请求，这些赔偿请求可能被提交到国际求偿法庭（International Claims Tribual）。这是为了遵守美国和伊朗之间的执行协议（Executive Agreement）才采取这一举动的。在本案中，我们在判决作出之前颁发了调卷令，并且制定了一个快速地提交辩论书和争论的日程，因为下级法院在总统行为的有效性问题上已经得出了相互冲突的结论，正如司法部长所通知我们的那样，如果政府不在1981年7月19日以前采取行动，伊朗就可以认为美国违反了行政协议。

但是，在转向我们认为能决定本案结果的事实和法律之前，我们强调一下，对所有已考虑总统行为的法院所牵扯到的争点问题进行快速处理这一点，使我们清醒地认识到，有必要将我们的判决建立在能够决定该案的最狭窄的基础之上。……

或许正是因为很难协调前所述及的宪法第三条中司法权力的定义，和通常由国会或者政府决定的非常重要的日常问题的范围之间的关系，在没有司法部门挑战或者干涉的情况下，本院才因而在这个领域里的判决曾是非常地少，几乎是插曲式的，并且对以后的案件也几乎没有提供什么先例价值。在宪法确立的联邦政府的三权分立体制下，行政权力的每一次行使过程中出现的紧张关系已经不止一次地反映在本院一些成员的判决意见中。本院在 *United States v. Curtiss Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304［1936］一案中陈述到：

> "我们在这里要处理的不是一项通过行使立法权而授予总统的权力，而是一种总统作为国际关系中联邦政府的惟一机构所拥有的更为细致、充分和排他的权力，这是一种不需要国会的立法作为其行使基础的权力，但是像其他每一项政府权力一样，它当

然必须根据宪法的有效条款予以行使。”（页319—320）

然而，16年以后，在前所提及的*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*一案中，杰克逊（Jackson）大法官在他的赞同意见（诉讼双方都认为他的意见把分析和那个领域中存在的常识完全搅和在一起了）中，不是将注意力放在“充分且排他的总统权力”上，而是对那种认为行政部门拥有事实上不受限制权力的主张作出了回应，他指出：

> “想必会给老祖宗们深刻印象的无限行政权的此种事例之一就是乔治三世行使的特权，并且《独立宣言》中对其罪恶的描述使得我很怀疑他们是在以他的形象为蓝本塑造他们的新政府。”（343 U.S.579，页641）

现在，当我们转向本案的事实上的和法律上的争论时，我们自由地坦言，我们很明显只是在判决存在于总统和宪法之间的永不休止的紧张关系中的又一个情节而已。总统是在一个每天都提出一些其不得不解决的新挑战的世界中行使行政权力，而宪法则是我们所有人所生活之依据，并且没有人怀疑其体现了某种制约与平衡的体制。

二

1979年11月4日，美国驻德黑兰大使馆被侵占，我们的外交人员被俘虏并被扣作人质。为应付这一危机，卡特总统根据《国际紧急状态经济权力法》（the International Emergency Economic Powers Act）（此后简称为IEEPA）采取了行动，1979年11月4日宣布了国内紧急状态，并且禁止“伊朗政府、它的机构，它所控制的实体以及伊朗中央银行所有的财产及其权益”的转移或转让。……卡特总统授权财政部长制定规章，以贯彻冻结令。1979年11月15日，财政部外国资产管理局（Treasury Department's Office of Foreign Assets Control）颁布了一个规章，规定“除非得到许可或者授权，……对任何在1979年11月4日当日或自那以来伊朗对其存有利益的财产的任何扣押、判决、禁令、留置、执行、扣押债权通知或者其他司法程序都是无效的。”……该规章还清楚地规定，任何被授予的许可证或者授权书可能在任何时候被“修正、修改或者撤销”。

1979年12月19日，原告丹姆斯和摩尔公司在加利福尼亚中心区的联邦地区法院中对伊朗政府、伊朗原子能组织和一些伊朗银行提起了诉讼，在其诉状中，原告声称它的全资子公司，丹姆斯和摩尔国际有限公司（Dames & Moore International, S.L.R.），是与原子能组织签订的书面合同的当事一方，并且子公司在该合同中的全部利益都被分配给了原告。根据这一合同，子公司将在伊朗对被提议的核电站进行实地考察。根据合同规定，原子能组织出于自己的便利于1979年6月30日终止了该协议。可是，原告抗辩道，截止到终止日期之前，对方因原告根据合同所提供的劳务而共欠原告3，436，694.30美元的债务，还有相关利息。地区法院颁发了指向被告财产的扣押令，并且某些伊朗银行的财产也被扣押，以确保可能作出的针对它们的任何判决得以履行。

1981 年 1 月 20 日，伊朗方面根据前一天达成的、体现于阿尔及利亚民主人民共和国的两个公告之中的协议释放了美国人质。……

根据该协议，美国有义务

> "终止美国法院中所有涉及美国人和美国机构针对伊朗及其国有企业提出赔偿请求的法律诉讼，以使所有扣押令和包含扣押令的判决无效，以禁止基于这类赔偿请求的进一步诉讼，以及通过有拘束力的仲裁结束这类赔偿请求。"

此外，美国在 1981 年 7 月 19 日之前必须"采取行动转交"美国银行在美国境内持有的全部伊朗资产。……

1981 年 1 月 19 日，卡特总统颁发了一系列实施协议条款的行政命令。这些命令取消了所有允许行使与伊朗人的货币、有价证券或者存款有关的"权利、权力或者特权"的许可证；将 1979 年 11 月 4 日以后在这类资产上取得的所有非伊朗人的权益（non-Iranian interests）宣布为"无效"；并且要求持有伊朗人资产的银行将它们转交给"纽约联邦储备银行，并由其按照财政部的指令予以持有或者转交"。……

1981 年 2 月 24 日，里根总统签发一道行政命令，在这一命令中，他"批准"了 1 月 19 日的行政命令。……而且，他中止了所有"可能被提交到国际求偿法庭的赔偿请求"并且规定这样的赔偿请求"在任何合众国法院中的任何尚未判决的诉讼中都不具有法律效力。"……

1981 年 4 月 28 日，为了阻止实施同伊朗签订的协议的行政命令和财政部规章产生效力，原告在美国地区法院提起了诉讼，请求法院判决不利于美国政府和财政部的一种宣告性的和禁止性的救济。在起诉状中，原告声称总统和财政部执行同伊朗签订的协议的行为超出了法律和宪法赋予他们的权力。

二

当事方和下级法院，在面临着这些问题时，也都承认许多相关的分析已经包含于 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 [1952] 一案中。在这一案件中，布莱克（Black）大法官代表本院宣读的判决意见涉及在一场全国范围的罢工之前，杜鲁门总统试图没收这个国家中的钢铁厂的合法性问题，同时该意见承认"总统颁发命令的权力，如果有的话，必定要么是根植于国会的法律，要么根植于宪法本身"（同前，页 585）。在评价总统在特定案件中采取行动的权力时，杰克逊（Jackson）大法官的赞同意见从总体上阐述了两个民主部门间的互动关系所造成的一些后果。当总统依据国会明示或暗示的授权采取行动时，他不仅在行使他自己的权力，他也在行使国会委托给他的权力。在这样一个案件中，行政行为将受到"最有力的假设和最宽泛的司法解释的支持，举证责任将会极大地落在抨击该行为的人身上"（同前，页 637）。当总统在缺乏国会授权的情况下采取行动时，他可能进入了一个"半阴影区，要么是总统和国会都有权力，要么就是该权力的分配是不确定的"（同前）。在这样一个案件中，分析变得更为复杂，总统行为的合法性问题，至少就权力分立原则而言，要以对所有有助于查明国会对该行为的意见的情况的考虑为转

移，包括“国会的惰怠、放任和沉默”。最后，当总统行为违背国会意志时，“他的权力就陷入了最低潮”，法院也只能通过证明“国会不能就这一主题行事”的方式来支持他的行为。（同前，页637—638）……

三

为了使1979年11月14日以后的扣押无效并责令持有被冻结的伊朗人资金和有价证券的人将它们转交给纽约联邦储备银行，以最终将它们转交给伊朗，卡特总统征引了五种明示的或固有的权力。可是，政府主要依赖于IEEPA的第203节……作为这些行为的授权。……

政府抗辩到，“废除”扣押并命令“转交”冻结的资产的行为是由上述法律平白无误的措辞特别授予的。两个考虑了这一论点的上诉法院都同意这一论点。……

上诉人抗辩到，我们应该忽略这一法律的平白无误的措辞，因为对它的立法历史以及对《与敌对国贸易法》（Trading with the Enemy Act）（此后简称为TWEA）第5（b）条的考察……揭示了该法并非要赋予总统这种广泛的在国家的紧急状态期间及于外国国家资产的权力。按照上诉人的说法，一旦总统启动了1979年11月14日的冻结令，《美国法典》第50编第1702条（《国际紧急经济权力法》第203条）就只授权他“继续冻结或者停止控制。”……

我们不同意也拒绝从第1702条中读出“转交（tranfer）”、“迫使（compel）”、“无效（nullify）”等词的全部含义。在第1702条和TWEA的第5（b）条的立法历史中也并没有什么东西要求这样一个结果。相反，我们认为立法历史和解释TWEA的案例都完全支持行政机关根据这一国会授权采取行动时所拥有的广泛权力。……

本院此前已经承认，国会授权冻结令的目的是“将对资产的控制置于总统手中。……”（*Propper v. Clark*，337 U.S. 472，493［1949］）。这样的命令允许总统掌握外国资产供其自由处理，以用于磋商一个已经宣布了的全国紧急状态的解决方案。在与一个敌对国进行交涉时，总统可以将被冻结的资产用作一个“讨价还价的筹码”。因而，很难接受原告的论点，因为它的实际效果是允许遍布全国的个人权利请求者通过扣押、扣押债权通知或类似的财产留置等方式削弱甚至完全抵消这一“讨价还价的筹码”。制定该法的目的不是为了这一结果，该法平白无误的措辞也不支持这样一个结果。

因为总统在取消财产扣押和命令移交资产中是根据国会的特别授权采取行动的，所以总统的行为受到“最强烈的假定和最宽泛的司法解释的支持，举证责任将会极大地落在抨击该行为的人身上。”（*Youngstown*，343 U.S. 579，页637）。在本案的这种情况下，我们不能说原告已经完成了这一重任。一个相反的裁决将意味着联邦政府作为一个整体将缺乏由总统行使的权力，而且我们不准备这样说。

尽管我们作出结论，认为IEEPA构成了国会的一个特别授权，它授权总统取消财产扣押并命令转交伊朗人财产，可是还存在一个总统终止美国法院中未决诉讼的权力问题。当然，这样的赔偿请求已经是独立于与其相伴随的财产扣押而存在的。为了通过12294号行政命令结束这些诉讼请求，总统声称他是

根据 IEEPA 和《美国法典》第 22 编第 1732 条（也就是所谓的“人质法案”）而采取行动的。……

我们的结论是，尽管该法授予了宣布财产扣押无效的权力，可也不能将其读成是授权总统终止赔偿请求。……

IEEPA 和人质法案都不构成对总统的终止赔偿请求的行为的特别授权，可是得出这一结论并不是说，这些法律条文与总统行为的合法性是完全不相干的。在类似本案的情况之下，国会承认过行政行为有很宽泛的范围，如果不那么严格的看待这一点的话，我们认为这两个法律与总统行为的合法性问题是密切相关的。IEEPA 授予总统广泛的权力以在国家紧急状态期间采取与外国财产有关的行动。人质法案同样表明了国会的意思是总统在回应外国国家的敌意行为时拥有很宽的自由裁量权。……

尽管我们已经拒绝得出这样的结论：IEEPA 或人质法案直接授权总统能根据上述理由而终止那些赔偿请求，但是，在试图断定总统是在单独行动还是至少取得了国会的同意时，我们不能忽略国会在这一领域内所制定的法律的一般意旨。我们已经指出，国会不能就总统可能认为有必要采取的每一个可能的行动以及他有可能采取行动的每一种情况作出预测并制定法律。这种国会未能专门授权的情况并不含有“国会不同意行政行为”的意味，……“在对外政策和国家安全的领域中，尤其如此。”……相反，与特定案件（这些案件表明了授予总统很宽的自由裁量权的立法意图）中的总统权力问题密切相关的立法活动可以被看作是“鼓励”“采用由总统独立承担责任的措施”。见 *Youngstown*, 343 U.S.，页 637。至少在没有相反的立法意图表示的场合下，以及当国会在总统的这类行为的问题上有过沉默历史（比如说，在这里）时，确实是这样。现在我们就转向那一历史。……

国会已经默示地同意了行政协议中的理赔的做法，这一结论对我们今天的判决至关重要。这一点在国会制定的《1949 年国际理赔法》（the International Claims Settlement Act of 1949）上得到了最好的证明。该法有两个目的：(1) 向美国公民分配同南斯拉夫达成的国际理赔方案中收到的资金，(2) 规定一个程序，可以通过该程序将未来的理赔方案所带来的资金分发下去。为了达到这些目的，国会创设了一个国际求偿委员会，即现在的对外理赔委员会，并且给予该委员会一个管辖权，它可以对美国公民提起的针对理赔资金的赔偿请求作出最终且有拘束力的决定。……创设一个程序来实施未来的理赔协议，这就意味着国会对这样的协议表示了批准。事实上，该法的立法史表明美国正在寻求同其他国家（而非南斯拉夫）达成解决方案，它也表明该法考虑到了将来具有类似性质的解决方案。……

在过去的几年里，国会经常性地修改《国际理赔法》，以对理赔协议所产生的新问题作出规定，因而，这就表明了国会一直认可总统的理赔权力。例如，至于同中华人民共和国签订的行政协议，国会就确立了一个根据这一协议取得的资金的分配原则。至于涉及其他行政协议的立法，国会没有怀疑理赔方案的事实问题，也没有质疑总统缔结该协议的权力。……

除了国会在总统解决这种诉讼请求上的沉默之外，本院先前的判例也已经承认总统确实享有某些在未获得参议院的建议和同意的情况下缔结行政协议的权力。例如，在 *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 [1942] 一案中，本院

支持里特维诺夫理赔方案（Litvinov Assignment）的合法性，该方案是一个行政协定的一部分，苏联借此把其拖欠美国公民的款项转让给美国，以便其他美国公民的尚未付清的赔偿请求能够得到偿付。本院是这样解释的：解决这类赔偿请求是美国和其他国家之间关系正常化的组成部分。……

根据此前所述的全部内容——从国会已经在这个领域制定的法律比如IEEPA和人质法案等立法的特征中推导出来的结论，和从国会对行政理赔的沉默的历史中推导出来的结论——我们的结论是，总统是被授权根据12294号行政命令停止未决的赔偿请求的。如同福兰克福特法官（Frankfurter）在*Younstown*一案中所指出来的那样，“一个系统的、连贯的行政实践，如果长久以来受到了国会注意并且从未被怀疑过，就可以被看作是宪法第二条第一节授予总统的行政权的一件华丽外衣”。过去的实践并不自动地创造出权力，但是“长久以来一以贯之的实践，如果国会已经知道并且保持沉默，却会产生一个假定：总统采取行动已经得到了它的同意”。……这样的实践在这里出现了，并且这样一个假定也是恰当的。根据能认为国会已经同意了总统采取终止赔偿请求的行动这个事实，我们不能说总统的行为超出了他的权力范围。……

同样重要的是，国会在这里并没有不同意总统所采取的行动。尽管国会已经就伊朗协议本身举行了听证，可是它还没有制定法律，或是通过决议，以表明它对该协议的不满。恰恰相反，相关的参议院委员会已经说过，法庭（指国际求偿法庭）的建立“对美国来说是至为重要的。”……因而，很清楚，我们面临的不是一个国会以某种方式抵制总统权力的局面。

最后，我们再次强调我们判决的范围是很狭窄的。我们没有做出总统拥有解决这类赔偿请求的全部权力的判决，即使赔偿请求是针对外国政府类实体的，我们也没有这样判决。但是，在已经断定解决这些赔偿请求为解决我国和他国之间的一个较大外交政策争论所必需（比如说，在这里）的场合下，以及在我们能够断定国会默许了总统行为（比如说，在这里）的场合下，我们不准备说总统没有解决这类赔偿请求的权力。……

（史大晓译　邓海平校）

后　　记

为了增进对美国宪法制度的理解，尤其是对宪法判决中的法律推理的理解，我们组织编译了本书。其基本素材来源于斯坦利·I·库特勒（Stanley I. Kutler）编著的《最高法院与宪法：解读美国宪法的历史》（The Supreme Court and the Constitution：Readings in American Constitutional History，Norton & Company Inc.，1984）。我们对该书中选录的案例按照时间顺序适当调整了次序，给每部分加了小标题。

在本书的编译过程中，为了提高译文质量，我们专门组织了两个翻译阅读小组，从 1999 年起大约一年多的时间里，每周坚持一起校对阅读，许多译文是由小组成员一起阅读校对的，其他大部分也进行了互校。由于译者的水平有限，每个人的翻译网络不同，译名也没有完全统一，译文中肯定存在各种各样的问题，希望读者提出批评指正，以便将来进一步更正。本书在翻译过程中，获得了北大法学院宪政研究课题组的大力支持，在此一并致谢。

强世功　赵晓力

2003 年 9 月

后　　记

为了增进对美国宪法制度的理解，尤其是对宪法判决中的法律推理的理解，我们组织编译了本书。其基本素材来源于斯坦利·I·库特勒（Stanley I. Kutler）编著的《最高法院与宪法：解读美国宪法的历史》（The Supreme Court and the Constitution: Readings in American Constitutional History, Norton & Company Inc., 1984）。我们对该书中选录的案例按照时间顺序适当调整了次序，给每部分加了小标题。

在本书的编译过程中，为了提高译文质量，我们专门组织了两个翻译阅读小组，从1999年起大约一年多的时间里，每周坚持一起校对阅读，许多译文是由小组成员一起阅读校对的，其他大部分也进行了互校。由于译者的水平有限，每个人的翻译网络不同，译名也没有完全统一，译文中肯定存在各种各样的问题，希望读者提出批评指正，以便将来进一步更正。本书在翻译过程中，获得了北大法学院宪政研究课题组的大力支持，在此一并致谢。

强世功　赵晓力

2003年9月